FESTGABE

FÜR

RUDOLPH SOHM

DARGEBRACHT ZUM

GOLDENEN DOKTORJUBILÄUM

VON

FREUNDEN, SCHÜLERN UND
VEREHRERN



MÜNCHEN UND LEIPZIG
VERLAG VON DUNCKER & HUMBLOT
1914

Hochverehrter Jubilar!

DER achte Juli neunzehnhundertundvierzehn ist ein Ehrentag für die deutsche Rechtswissenschaft. Sie feiert einen Mann, der mit unerschütterlicher Treue gekämpft hat mit ihren Waffen und für ihre Waffen. Sie ehrt einen Forscher, dessen intuitiver Kraft es vergönnt war, die Fäden des alten Rechts auseinanderzuspinnen und sie zu einem gewaltigen, einheitlichen Gebäude neu zu verknüpfen. Sie jubelt einem Gelehrten zu, der sein wissenschaftliches Leben einsetzt für die Idee, dem Staate zu geben, was des Staates ist, und der Kirche zu geben, was der Kirche ist, um letzten Endes dem Rechte zuzuweisen, was des Rechtes ist. Sie grüßt einen Dogmatiker, der in Schrift und Wort unser lebendiges Recht verteidigt, der weit über das einzelne hinaus die großen Zusammenhänge und die treibenden Rechtsgedanken aufdeckt und zur Darstellung bringt. Ja, Darstellungskraft und Darstellungskunst, das sind die Zauberworte, mit denen er uns alle in seinen Bann zieht, mit denen er unzählige seiner begierigen Schüler meisterte und immerfort meistert.

In diesem Sinne, hochverehrter Jubilar, legen wir diese Festgabe am heutigen Tage vor Ihnen nieder als einen freudigen Gruß eines bescheidenen Kreises dankbarer Freunde, Schüler und Verehrer.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Karl Rieker: Die Entstehung und geschichtliche Bedeutung des Kirchenbegriffs . . . . 1—22

Ernst Mayer: Die Entstehung der Vasallität und des Lehenwesens . . . . 22—67

Emil Sehling: Über das Provisorium nach dem Reichsgesetze über den Absatz von Kalisalzen vom 25. Mai 1910 . . . 69—85

Eugen Rosenstock: Principium doctoris . . . . 87—101

Alfred Schultze: Stadtgemeinde und Kirche im Mittelalter. Ein Beitrag . . . . 103—142

Arthur B. Schmidt: Rechtspflege des deutschen Denkmalschutzes . . . . 143—197

Otto Lenel: Zur Lehre von den actiones arbitrariae . . . 199—223

Herbert Meyer: Die Anfänge des Familienfideikommisses in Deutschland . . . . 225—272

Johannes Niedner: Recht und Kirche . . . . 273—315

Rudolf Sohm: Die Pfändung durch den Gläubiger im langobardischen und im fränkischen Rechte eine Abspaltung der Fehde . . . . 317—345

Hans Planitz: Zur sächsischen Vollstreckungsgeschichte . . 347—386

Hans Fehr: Landfolge und Gerichtsfolge im fränkischen Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom fränkischen Untertanenverband 387—427



Die Entstehung und geschichtliche Bedeutung des Kirchenbegriffs.

Von

D. Dr. Karl Rieker.

DER Kirchenbegriff bildet die crux nicht bloß der Theologen, und zwar der protestantischen noch mehr als der katholischen, sondern auch der Kanonisten. Jede Darstellung des Kirchenrechts pflegt mit einer Erörterung des Kirchenbegriffs zu beginnen; daneben fehlt es nicht an besonderen Untersuchungen, die Kirchenrechtslehrer über diesen Begriff angestellt haben; es sei nur an die bekannten Abhandlungen von Jacobson und v. Scheurl erinnert.

Vor allem aber hat Rudolph Sohm wie keiner vor ihm auf die Wichtigkeit des Kirchenbegriffs für die Wissenschaft des Kirchenrechts hingewiesen. Vom Kirchenbegriff aus ist er zu seiner berühmten These gekommen: Das Kirchenrecht steht mit dem Wesen der Kirche in Widerspruch.

Sohm selbst ist dem Ursprunge des Kirchenbegriffs nicht nachgegangen; er begnügt sich damit, festzustellen, daß das Wort Ekklesia aus dem hellenistisch-jüdischen Sprachgebrauch stamme (Kirchenrecht Bd. I S. 17 f.). Er geht aber nicht auf die Frage ein, woher der Begriff der Kirche selbst stamme.

Im Folgenden ist der Versuch gemacht, der Entstehung des Kirchenbegriffs (nicht der Kirche als einer geschichtlichen Institution, nicht der Kirchenverfassung) nachzuspüren. Vielleicht, daß dann von hier ein Licht auf den Kirchenbegriff selbst, sein Wesen und seine geschichtliche Bedeutung, fällt.

I.

Wir gehen aus von der das ganze vorchristliche Altertum beherrschenden Grundanschauung, daß das Subjekt der Religion und das Objekt der Fürsorge wie des Zornes der Gottheit nicht der Einzelne sei, sondern das Volk, die Nation, der Stamm, überhaupt die Gesamtheit, deren unselbständiges Glied der Einzelne ist. Wohl hat auch der Einzelne Religion, aber er hat sie nur als Glied der Gemeinschaft, der er angehört, und er hat die Religion dieser Gemeinschaft. Die Religion ist nach antiker Ansicht ein Verhältnis, das in erster Linie zwischen der Gottheit und einer Gemeinschaft (Sippe, Stamm, Volk) besteht, nicht zwischen der Gottheit und dem Individuum.

Eine Gemeinschaft war im Altertum ohne Religion nicht denkbar; die Religion bildete geradezu die Grundlage und das festeste Band jeder, auch der politischen Gemeinschaft. Der antike Staat ist nicht ein rein politisch-weltliches Gemeinwesen, sondern auch eine Gemeinschaft der sacra. Die Religion bildet einen ebenso wichtigen Bestandteil der öffentlichen Ordnung wie das Recht. Darum hat jedes politische Gemeinwesen seine eigene Religion, seinen eigenen Kult, seine eigenen Götter. Von einem selbständigen geistlich-religiösen Verbande, einer eigenen rein religiösen Gemeinschaft neben dem politischen Verbande weiß das ganze vorchristliche Altertum nichts. Der Staat ist zugleich Kirche. Ja, man kann geradezu mit Robertson Smith sagen: »Die (antike) Religion bestand überhaupt nicht für das Heil der Seelen, sondern im Interesse der Erhaltung und Wohlfahrt des Gemeinwesens. — Es war nicht die Aufgabe der Götter des Heidentums, durch eine Reihe von besonderen Maßregeln göttlicher Fürsorge die Wohlfahrt jedes Einzelnen zu beschirmen. — Die Wohltaten, die man von den Göttern erwartete, waren öffentlicher Art und erstreckten sich auf das ganze Gemeinwesen«[1].

In dieser Hinsicht besteht kein Unterschied zwischen Ariern und Semiten. Auch das Volk Israel macht keine Ausnahme davon. Subjekt der Religion ist jedenfalls nach altisraelitischer, d. h. vorprofetischer Anschauung das Volk Israel als Einheit, als Ganzes: »in der Religion Israels handelt es sich nicht um ein Verhältnis des einzelnen Israeliten oder gar des Menschen zu Gott, sondern um ein solches des Volkes Israel zu Jahve. — Religiöse Größe ist das Volk und nicht der Einzelne, der in das Volk und damit in die Kultgemeinschaft hineingeboren wird, nur hierdurch und durch sein Wohnen im Lande ein Verhältnis zu Jahve gewinnt«[2].

Und zwar ist das Volk Israel in der Gesamtheit seiner Glieder und in seiner natürlichen Beschaffenheit das Subjekt der Religion und das Objekt des Schutzes wie des Zornes Jahves, wobei es für unseren Zweck nicht so sehr viel ausmacht, ob man sich dieses Verhältnis als ein von

---

[1] Die Religion der Semiten, deutsche Übersetzung von Stübe 1899 S. 19 und 199.

[2] Stade, Biblische Theologie des Alten Testaments, Bd. I (1905), S. 191. Ähnlich Giesebrecht, Die Grundzüge der israelitischen Religionsgeschichte, 1904, S. 60 f., Marti, Geschichte der israelitischen Religion, 4. Aufl. 1903, S. 152, 192 f.

jeher gegebenes, naturhaftes oder als ein erst in der Geschichte begründetes, auf einer göttlichen Tat, einer »Erwählung« beruhendes und darum doch irgendwie sittlich bedingtes ansieht, wenn auch nicht geleugnet werden soll, daß im letzteren Fall die weitere, insbesondere die profetische Entwicklung leichter verständlich wird.

Daraus erklärt sich auch das vollständige Fehlen eines Unsterblichkeitsglaubens: der moderne Mensch begehrt Unsterblichkeit für seine Person, weil ihm die Religion ein persönliches Verhältnis des Einzelnen zu Gott ist; dem Israeliten ersetzte der Glaube an die unbegrenzte Fortdauer seines Volkes den fehlenden Glauben an die Unsterblichkeit[1].

So steht am Anfang der Geschichte der kollektivistische, nicht der individualistische Religionsbegriff.

II.

Darin ist nun auch mit dem Profetismus keine Änderung eingetreten. Es ist falsch, zu meinen, seine religionsgeschichtliche Bedeutung bestehe darin, daß er, insbesondere Jeremia, das Individuum zum Subjekt der Religion gemacht habe[2]. »Auch noch den Profeten ist das religiöse Subjekt nicht der Einzelne, sondern Israel«[3]. — »Noch für Jesaja ist Subjekt der Religion die Gesamtheit, das Volk. — Für Amos kommen die Individuen nicht als solche, sondern als Glieder der Volkseinheit, als Bürger des Staats in Betracht. Bei Hosea schließt Jahve mit dem Volke die Ehe«[4].

Die Bedeutung des Profetismus ist also anderswo zu suchen. Was die Profeten Neues gesagt und gelehrt haben, möchte ich in folgenden Sätzen zusammenfassen:

1. Nicht das Volk Israel als solches ist das Volk Jahves, sondern nur, sofern es gewisse sittliche Bedingungen erfüllt;

2. nicht das gegenwärtige Volk Israel ist das Volk Jahves, sondern das zukünftige Volk Israel wird es sein;

3. nicht das ganze Volk Israel wird das Volk Jahves sein, sondern nur eine Auslese davon, ein heiliger Rest.

---

[1] Vgl. Stade a. a. O. S. 212.

[2] Vgl. Marti a. a. O. S. 250: »Jeremia ist die Bedeutung des Individuums in seiner ganzen Größe aufgegangen«; daneben aber S. 186: »die Profeten faßten das Volk als solches als Subjekt der Religion auf.«

[3] Wellhausen, Israelitische und jüdische Geschichte, 4. Aufl. 1901 S. 112.

[4] Bertholet, Die Stellung der Israeliten zu den Fremden, 1896, S. 100. Vgl. auch Stade a. a. O. S. 220, 222.

Also auch für die Profeten handelt es sich immer nur um das Volk Israel, nicht um den einzelnen Israeliten: Jahve und Volk Israel sind für sie Korrelate. Auch in seinem künftigen Reiche, das an die Stelle des gegenwärtigen unvollkommenen treten soll, braucht Jahve als Gegenstand seiner Herrschaft und Fürsorge nicht Einzelne, sondern ein Volk: ein Reich, ein König ist undenkbar ohne ein Volk.

Dieses Volk ist nun aber nach wie vor, auch für die Profeten, das Volk Israel, freilich nicht wie es zu ihrer Zeit war, sondern wie es sein sollte: ein Volk, das den Willen seines Gottes tut. Aber ebendeshalb nicht das gegenwärtige Israel, das hoffnungslos verloren ist, sondern das zukünftige: nur die Endzeit wird das Israel, wie es sein soll, bringen, und ebendeshalb nicht das ganze Israel, sondern nur ein Teil davon, ein heiliger Rest, das, was das Strafgericht Gottes über Israel davon übrig lassen wird.

Diese profetische Unterscheidung zwischen dem Israel nach dem Fleische und dem Israel nach dem Geiste oder, wie der Apostel Paulus sagt[1], dem Israel Gottes ist die Wurzel des Kirchenbegriffes. Wohl ist das Volk Gottes noch ein bestimmtes Volk, eine bestimmte Nation, das Volk Israel, aber nicht mehr die Nation als solche ist es, sondern nur der Teil davon, der im Gericht Jahves besteht, mit anderen Worten, der die sittlichen Bedingungen Jahves erfüllt: nur Israel als »Kirche« ist das Volk Gottes.

III.

Wie verhält sich nun das Judentum, die nachexilische Zeit des jüdischen Volkes, zu dem so aufgefaßten Profetismus? Es könnte scheinen, als ob ein Gegensatz zwischen beiden bestünde, als ob die Zeit der Gesetzesreligion im Vergleich mit der Profetenreligion einen Rückschritt, einen Rückfall in die vom Profetismus bereits überwundene Periode der israelitischen Religion bedeutete[2]. Dem ist aber nicht so. Zwischen Judentum und Profetismus besteht ein positives Verhältnis: hier wie dort ist das Verhältnis Jahves zu seinem Volke sittlich bedingt; das jüdische Volk ist nicht ohne weiteres Jahves Volk, sondern nur wenn es Gottes Willen tut (so der Profetismus), wenn es das Gesetz

[1] Der Ausdruck ὁ Ἰσραὴλ τοῦ θεοῦ findet sich Gal. 6, 16, der Ausdruck ὁ Ἰσραὴλ κατὰ σάρκα 1. Kor. 10, 18.

[2] So Marti, Die Religion des A. T. unter den Religionen des vorderen Orients, 1906, S. 72 f.

Gottes beobachtet (so das Judentum). Der Standpunkt der Profetenreligion ist ja freilich ein höherer als der der Gesetzesreligion: im Gesetze wird der Wille Gottes kodifiziert, in einzelne Vorschriften aufgelöst, kasuistisch gefaßt, aber es ist eben doch der Wille Gottes, um den es sich handelt, und der Jude müht sich ab, diesen Willen zu erfüllen, um zum Volke Gottes zu gehören, weil er weiß, daß die Abstammung von Abraham allein ihm nichts nützt[1].

Auch darin zeigt sich der positive Zusammenhang des Judentums mit dem Profetismus, daß es nicht bloß im Gesetz lebt, sondern auch in der Hoffnung: es müht sich in der Gegenwart mit dem Gesetz ab um der Zukunft willen; die Zukunft wird bringen, was die Gegenwart versagt: das Reich Gottes in Herrlichkeit und Kraft. Freilich gestaltet sich jetzt das Zukunftsbild immer transzendenter, ungeschichtlicher, universeller.

Die Hauptsache ist aber, daß das Judentum die Unterscheidung, die der Profetismus zwischen dem empirischen und dem idealen Israel macht, nicht bloß festhält, sondern sogar noch weiter ausbildet und verschärft zum Gegensatz zwischen den Frommen und den Gottlosen, der in der Literatur des Judentums, besonders in den Psalmen, eine so große Rolle spielt: »die Frommen betrachten ihre Gegner als gar nicht zur Gemeinde gehörig, sie werfen sie mit den Heiden zusammen«[2]. Die gottlosen Juden gehören so wenig zum Volke Gottes wie die Heiden.

Auch jetzt noch ist die Religion durchaus nicht individualisiert: der einzelne Jude kommt in das Reich Gottes nur dadurch, daß er zum Volke Gottes gehört. Was Gott in seinem künftigen Reiche braucht, das sind nicht einzelne Fromme, sondern ein frommes Volk. Die Hoffnung, die im Herzen der frommen Juden lebt, gilt ja nicht einer individuellen Seligkeit, sondern einem herrlichen Reiche, dessen König Gott selbst oder der Messias ist: »die ganze Summe dessen, was Israel von der Zukunft erwartet, faßt sich in den Begriff der Malkuth Jahwe (Herrschaft oder Reich Gottes) zusammen«[3].

---

[1] Vgl. Wellhausen a. a. O. S. 136: »Deutlicher als irgendwo zeigt sich hier (beim Deuteronomium), daß Profeten und Gesetz kein Gegensatz, sondern identisch sind und im Verhältnis von Ursache und Wirkung stehen.« Stade a. a. O. S. 215: »Das Gesetz sucht das profetische Ideal, daß Jahves Willen in Israel herrsche, zu verwirklichen.«

[2] Wellhausen a. a. O. S. 213.

[3] Bousset, Die Religion des Judentums im neutestamentlichen Zeitalter. 2. Aufl. 1906, S. 245.

Den besten Beweis für den auch im Judentum noch fortdauernden kollektivistischen Religionsbegriff liefert die Lehre von der Auferstehung der Toten, genauer gesagt von der Auferstehung der früher entschlafenen Gerechten zur Teilnahme an der Herrlichkeit des Gottesreiches. Die Gerechten, die vor dem Anbruche des ersehnten Gottesreiches sterben, gehen nicht etwa für sich einzeln mit ihrem Tode zur himmlischen Seligkeit ein, sondern sie müssen warten, bis das Gottesreich kommt, dann werden sie auferweckt und nehmen mit den übrigen, die den Anbruch des Gottesreichs erlebt haben, an seiner Herrlichkeit teil. Warum das? weil sie nicht als Einzelne zur Herrlichkeit des künftigen Reiches eingehen können, weil Gott für sein Reich eine Gesamtheit, ein Volk braucht, mit Einzelnen aber sozusagen nichts anfangen kann. Subjekt der Religion ist auch im kommenden Reiche Gottes nicht der einzelne Gerechte, sondern ein Volk von Gerechten, eben weil es sich um ein Reich handelt[1].

Dieses Volk ist aber auch für das Judentum kein anderes als das jüdische Volk. Zwar scheint die vom Profetismus vorgenommene Scheidung zwischen dem empirischen und dem idealen Israel dazu führen zu müssen, daß die nationale Grundlage des Volkes Gottes im künftigen Reiche aufgegeben werde, daß alle, die Gottes Willen tun, einerlei, welcher Nation sie angehören, in ihrer Gesamtheit das Gottesvolk im zukünftigen Reiche darstellen; allein so nahe diese Konsequenz liegt, so wird sie doch vom Judentum selbst noch nicht gezogen, wenn auch universalistische Gedanken daneben sich finden[2].

Wichtig ist nun, daß dieses Volk Gottes im Sprachgebrauch der Septuaginta und des hellenistischen Judentums ἐκκλησία heißt. Ἐκκλησία ist die Gesamtheit derer, die Gott zum Heil berufen hat, das Volk

---

[1] Vgl. auch R. H. Charles, A critical history of the doctrine of a future life in Israel, in Iudaism and in Christianity, London 1899 S. 126 (die zweite, 1913 erschienene revised and enlarged Edition ist mir nicht zugänglich gewesen). — Vereinzelt findet sich im Spätjudentum, wohl unter dem Einfluß hellenistischer Anschauungen, auch eine individualistische Zukunftserwartung: die Seele der Frommen wird unmittelbar nach dem Tode mit Gott vereinigt (vgl. Stade-Bertholet, Biblische Theologie des A. T. Bd. II S. 468 f., Volz, Jüdische Eschatologie von Daniel bis Akiba. 1903, S. 159 ff., Bousset, Die Religion des Judentums im neutestamentlichen Zeitalter. 2. Aufl., 1906, S. 333 ff.).

[2] vgl. Stade-Bertholet a. a. O. S. 435 ff.

Gottes im messianischen Reiche. Es ist in den meisten Fällen, aber nicht ausschließlich das griechische Wort für das hebräische קָהָל [1].

Damit ist der geschichtliche Zusammenhang zwischen dem Judentum und dem Urchristentum hergestellt.

IV.

Wenden wir uns nunmehr dem Urchristentum zu! Wenn es sich darum handelt, den urchristlichen Kirchenbegriff festzustellen, begeht man gewöhnlich den Fehler, sich an das Wort ἐκκλησία zu halten, alle die Stellen zusammenzusuchen, wo dieses Wort vorkommt, und daraus den Begriff der Kirche zu abstrahieren. Daß das Ergebnis einer solchen Untersuchung dürftig und widerspruchsvoll ausfällt, liegt auf der Hand. Der Kirchenbegriff des Urchristentums ist zu erheben nicht bloß aus denjenigen Stellen der urchristlichen Literatur, die das Wort ἐκκλησία enthalten, sondern noch aus vielen anderen, wo die Christen als κλητοί, ἐκλεκτοί, ἅγιοι, υἱεῖς τοῦ Ἀβραάμ, λαὸς θεοῦ usw. bezeichnet werden. In den Seligpreisungen der Bergpredigt findet sich das Wort ἐκκλησία kein einziges Mal, und doch reden sie von nichts anderem als von der Kirche.

Die religiöse Vorstellungswelt des Urchristentums ist, wie nicht anders erwartet werden kann, die jüdische. Das Christentum ist ja, menschlich betrachtet, aus dem Judentum hervorgegangen, wie Harnack es ausgedrückt hat: »das ursprüngliche Christentum ist seiner Erscheinung nach christliches Judentum gewesen«[2].

Für Jesus und die ganze erste Christenheit steht im Mittelpunkte des religiösen Denkens derselbe Begriff, um den sich für die Juden alles gedreht hat: das Reich Gottes, und zwar ist für sie das Reich Gottes nicht etwas anderes als für die Juden, sondern dieselbe eschatologische

---

[1] vgl. Hatch and Redpath, A Concordance to the Septuagint and other Greek Versions of the Old Testament, s. v. Ἐκκλησία. Schürer, Geschichte des jüdischen Volkes im Zeitalter Jesu Christi. Bd. II (3. Aufl.) S. 432 Anm. 10 (4. Aufl. S. 504 Anm. 11) über die beiden Bezeichnungen συναγωγή und ἐκκλησία: »Schon das spätere Judentum scheint einen Unterschied im Gebrauch beider Begriffe gemacht zu haben, und zwar in der Art, daß συναγωγή mehr die Gemeinde nach Seite ihrer empirischen Wirklichkeit, ἐκκλησία mehr dieselbe nach ihrer idealen Bedeutung bezeichnete; συναγωγή ist der an irgendeinem Orte konstituierte Gemeindeverband, ἐκκλησία dagegen die Gemeinde der von Gott zum Heil Berufenen, namentlich wie קָהָל, die ideale Gesamtgemeinde Israels«.

[2] Harnack, Grundriß der Dogmengeschichte. 3. Aufl., 1898, S. 43.

Größe, die es im Judentum gewesen ist. »Das Evangelium ist als eine apokalyptisch-eschatologische Botschaft in die Welt getreten«[2].

Das Volk Gottes aber in diesem zukünftigen Reiche ist nach der urchristlichen Anschauung so wenig wie nach der jüdischen das jüdische Volk als solches, als Nation (οὐ πάντες οἱ ἐξ Ἰσραήλ, οὗτοι Ἰσραήλ Rom. 9, 6), sondern entweder nur die Frommen des jüdischen Volkes, diejenigen Juden, die Buße tun und sich zum Reiche Gottes recht bereiten (Matth. 10, 5 f.; 15, 24; 19, 28; Apostelgesch. 1, 6; 2, 39; 3, 25; 15, 1 ff.), oder aber — und diesen Standpunkt hat der Apostel Paulus mit aller Entschiedenheit vertreten — ohne Ansehen der Nation alle, die an Jesum Christum glauben (1. Kor. 12, 13; Gal. 3, 28; 5, 6; Kol. 3, 11; Eph. 2, 11 ff.; vgl. aber auch Matth. 8, 10—12; Apostelgesch. 10, 35)[3].

Für den Einzelnen handelt es sich also immer darum, zu diesem Volke, zum Israel Gottes zu gehören. Denn nicht als Einzelner, als Individuum kann er zum Reich Gottes eingehen, sondern nur als ein Glied des Volkes Gottes. Das Urchristentum steht so wenig wie das Judentum auf dem Standpunkt des religiösen Individualismus. Zum Beweise dafür sei insbesondere auf folgendes hingewiesen,

Einmal erscheinen die Christen von Anfang an in der christlichen Literatur nicht als eine Summe von Einzelnen, sondern als ein Ganzes, als ein Volk und zwar als das neue Volk, das sich Gott für sein Reich bereitet hat (ὁ λαὸς ὃν ἡτοίμασεν ἐν τῷ ἠγαπημένῳ αὐτοῦ Barnab. c. 3 am Schluß), als der Israel Gottes (Gal. 6, 16) d. h. als das wahre Israel, dem alle Ehrenprädikate des Volkes Israel gehören; den Christen wird im ersten Brief Petri 2, 9 zugerufen: ὑμεῖς δὲ γένος ἐκλεκτόν, βασίλειον ἱεράτευμα, ἔθνος ἅγιον, λαὸς εἰς περιποίησιν; die Christen sind der Same Abrahams (Hebr. 2, 16). Durchweg finden wir die Gleichsetzung der Christen mit dem Gottesvolke des Alten Testaments[4].

---

[2] Harnack, Lehrbuch der Dogmengeschichte. 4. Aufl., 1909, Bd. I, S. 67. Wernle, Die Reichsgotteshoffnung in den ältesten christlichen Dokumenten und bei Jesus. 1903, S. 50: »Auf alle Fälle hat Jesus die streng eschatologische Anschauung vom Gottesreich nicht abgelehnt, sondern kräftig bejaht.«

[3] Den universellen Standpunkt hat freilich erst der Katholizismus rein und folgerichtig entwickelt; der Apostel Paulus hat doch immer noch an eine Vorzugsstellung des Volkes Israel gedacht.

[4] Vgl. besonders Harnack, Die Mission und Ausbreitung des Christentums in den ersten drei Jahrhunderten. 1902 (1. Aufl.), S. 49, S. 180 Anm. 1. Knopf, Das nachapostolische Zeitalter. 1905, S. 346 ff. Loofs, Leitfaden zum Studium der Dogmengeschichte. 4. Aufl., 1906, S. 90 f.

Sodann hat das Urchristentum geradeso wie das Judentum die Lehre von der Auferstehung der Toten am jüngsten Tage (Matth. 12, 41; Luk. 11, 32; 20, 36; Joh. 5, 28 f.; 6, 39, 40, 54; 11, 24; 1. Kor. 6, 14; c. 15; 2. Kor. 4, 14 und sonst). Diese Lehre ist aber nach dem früher Gesagten (S. 7) das Gegenteil der individualistischen Unsterblichkeitslehre [1].

Wenn wir nunmehr den urchristlichen Kirchenbegrilf auf Grund unserer bisherigen Untersuchung in seine Momente zerlegen, so ergibt sich uns Folgendes:

1. Die Kirche ist nicht eine Summe von Individuen, sondern eine Gesamtheit, ein Volk, das neue Israel, das neue Volk Gottes.

2. Die Kirche ist nicht eine Schöpfung der Menschen, sondern ein Werk, eine Stiftung Gottes: der Einzelne schließt sich nicht kraft seiner Wahl der Kirche an, sondern er wird ihr von Gott hinzugesellt, hinzugetan (Apostelgesch. 2, 41; 5, 14); die Christen sind von Gott berufen (κλητοί), auserwählt (ἐκλεκτοί); vgl. Röm. 9, 24 ff.; 1. Kor. 1, 2; 1. Thess. 4, 7. Es wirkt hier wohl der Gedanke der Erwählung des Volkes Israel durch Jahve nach: sind die Christen das wahre Volk Israel, dann sind sie das auf Grund ihrer Erwählung durch Gott. Der schärfste Ausdruck dieses Gedankens ist die schon im Judentum sich findende Lehre von der Präexistenz der Kirche: die Kirche ist schon vor der Welt gewesen und die Welt ist um ihretwillen geschaffen worden [2]!

3. Die Kirche ist eine eschatologische Größe: sie ist nicht etwas für die Gegenwart, sondern sie hat eine Beziehung auf die Zukunft, sie ist das Volk für das zukünftige Gottesreich [3]. Das bedeutet:

a) Die Kirche ist nicht das Reich Gottes selbst, sondern das Volk für das Reich Gottes, die Gesamtheit der von Gott für sein Reich Bestimmten. Die Gleichsetzung von Kirche und Reich Gottes ist auf dem urchristlichen Standpunkt ausgeschlossen. Vgl. Irenaeus adv. haeres. IV, 8, 1: . . . Deum qui in regnum coelorum introducit Abraham et semen ejus quod est ecclesia per Jesum Christum. Cyprian de op. et eleem. c. 9: eos quum judicii dies venerit ad percipendum

---

[1] Daß auch von dieser sich Spuren finden geradeso wie im Judentum, zeigt Knopf, Die Zukunftshoffnungen des Urchristentums. 1907, S. 41 ff.

[2] Vgl. besonders Harnack, Lehrbuch der Dogmengeschichte. 4. Aufl., Bd. I S. 117, 171, 797 ff.

[3] Harnack ib. S. 406: »Das himmlische Ziel ist von dem Begriff der Kirche noch nicht getrennt: es gibt eine heilige Kirche auf Erden nur, sofern dieselbe für den Himmel bestimmt ist.«

regnum dicit admitti qui fuerint in ecclesia ejus operati. Auch die gleich nachher anzuführenden Stellen aus der Διδαχή zeigen, wie man im Urchristentum zwischen Kirche und Reich Gottes unterschieden hat.

b) Die Kirche ist bis zum Anbruche des Reiches Gottes sichtbar nur in den einzelnen Christenversammlungen, aber nicht als Ganzes. Denn einmal gehören zn ihr ja auch die bereits entschlafenen Frommen, sodann die in der Zerstreuung (Diaspora) lebenden Gerechten und endlich kennt nur Gott diejenigen, die er für sein Reich auserwählt hat. Wenn aber das Reich der Herrlichkeit einmal anbricht, dann wird die Kirche eine sichtbare Größe sein, dann wird Gott die Gerechten, die zuvor entschlafen sind, auferwecken und die Zerstreuten zusammenbringen. Did. IX, 4: — συναχθήτω σου ἡ ἐκκλησία ἀπὸ τῶν περάτων τῆς γῆς εἰς τὴν σὴν βασιλείαν. ib. X, 5: σύναξον αὐτὴν (sc. τὴν ἐκκλησίαν) ἀπὸ τῶν τεσσάρων ἀνέμων, τὴν ἁγιασθεῖσαν εἰς τὴν σὴν βασιλείαν ἣν ἡτοίμασας αὐτῇ. Vgl. auch Matth. 24, 31.

c) Wer nicht zur Kirche gehört, kann nicht selig werden. Extra ecclesiam nulla salus. Geradeso wie im Alten Bunde nur der einen Anteil an Jahve hatte, der zum Volk Israel gehörte, so kann im Neuen Bunde selig werden nur, wer zum wahren Israel, zum Volk Gottes, zur Kirche gehört. Der Einzelne kann also auch jetzt noch nicht für sich allein zur Seligkeit gelangen, Subjekt der Religion ist auch für das Urchristentum nicht das Individuum, sondern eine Gesamtheit, ein Volk, aber nicht als eine natürliche Einheit, wie es einst das Volk Israel gewesen ist, sondern als eine ethisch vermittelte Einheit. Der Satz Extra ecclesiam nulla salus ist also durchaus nicht etwa erst eine Konsequenz des katholischen Kirchenbegriffs; er entspricht vielmehr ganz und gar dem jüdischen und dem urchristlichen kollektivistischen Religionsbegriff [1].

4. Die Kirche als die Gesamtheit der von Gott zu seinem künftigen Reiche Berufenen ist, wenn auch nicht äußerlich, so doch innerlich von der Welt geschieden, sie ist eine Gemeinschaft der Heiligen, während die Welt eine Gemeinschaft der Unheiligen ist. Und zwar scheidet sie ein Zweifaches von der Welt: einmal ihre Sittlichkeit, ihr heiliges Leben und sodann ihre Weltfremdheit und Weltflüchtigkeit: sie sind Fremdlinge und Pilger auf Erden, sie sind Bürger einer anderen Welt (Phil. 3, 20; Hebr. 13, 13 f. und die erste Similitudo des Pastor Hermae).

[1] Vgl. auch Rudolph Sohm, Wesen und Ursprung des Katholizismus. Zweiter Abdruck, 1912, p. XXIII Anm. 31.

Zusammenfassend kann man sagen: Die Kirche ist die Gesamtheit der von Gott zu seinem zukünftigen Reiche Berufenen [1]. Es ist ein ganz und gar religiöser Begriff, und die Frage, ob ἐκκλησία die christliche Gesamtgemeinde oder die Einzelgemeinde bedeute, kann hier gar nicht aufgeworfen werden [2].

V.

Es ist möglich gewesen, den urchristlichen Kirchenbegriff als einen einheitlichen darzustellen, weil wir den Apostel Paulus nur insoweit berücksichtigt haben, als sein Kirchenbegriff sich mit dem urchristlichen deckt. Er muß nun aber noch besonders behandelt werden, weil er an dem urchristlichen Kirchenbegriff eine sehr wichtige und folgenschwere Modifikation vorgenommen hat.

Für Paulus ist die Kirche zunächst geradeso wie für das übrige Urchristentum die Gesamtheit der von Gott zu seinem kommenden Reiche Bestimmten. Diese Gesamtheit setzt nun aber der Apostel in eine eigentümliche Beziehung zum erhöhten Christus, indem er sie als den Leib Christi und Christus als das Haupt der Kirche bezeichnet (1. Kor. 12, 27: ὑμεῖς δέ ἐστε σῶμα Χριστοῦ; Eph. 4, 12: εἰς οἰκοδομὴν τοῦ σώματος τοῦ Χριστοῦ. 5, 23: ὅτι ἀνήρ ἐστιν κεφαλὴ τῆς γυναικὸς ὡς καὶ ὁ Χριστὸς κεφαλὴ τῆς ἐκκλησίας, αὐτός σωτὴρ τοῦ σώματος. 5, 29 f.: οὐδεὶς γάρ ποτε τὴν ἑαυτοῦ σάρκα ἐμίσησεν, ἀλλὰ ἐκτρέφει καὶ θάλπει αὐτὴν, καθὼς καὶ ὁ Χριστὸς τὴν ἐκκλησίαν, ὅτι μέλη ἐσμὲν τοῦ σώματος αὐτοῦ [3]).

Nach der übrigen urchristlichen Anschauung findet keine besondere Beziehung der Erwählten auf den erhöhten Christus statt; erst wenn das Gottesreich anbricht, tritt er zu ihnen in ein Verhältnis als Mitherrscher Gottes in seinem Reiche, aber bis dahin ist ihr Verhältnis zu ihm sozusagen ein ruhendes, schwebendes.

Indem der Apostel Paulus die Kirche als den Leib Christi bezeichnet, wird sie zum Organ oder zur Wirkungsstätte des erhöhten Christus in der Zeit von seiner Erhöhung bis zu seiner Wiederkunft: der unsichtbare

---

[1] Vgl. Harnack, Lehrbuch der Dogmengeschichte. 4. Aufl., Bd. I S. 171: »Die Kirche, d. h. die Gesamtheit aller Gläubigen, bestimmt in das Reich Gottes aufgenommen zu werden.«

[2] Den Begriff der ἐκκλησία im Urchristentum als einen religiösen Begriff erkannt zu haben ist ein großes Verdienst Rudolph Sohms, das freilich lange nicht anerkannt worden ist.

[3] Damit ist die nebenherlaufende Vorstellung nicht zu verwechseln, daß die Christen »in Christo« einen Leib bilden (Röm. 12, 5; 1. Kor. 10, 17; 12, 13).

Christus entfaltet also auch in dieser Zwischenzeit eine Wirksamkeit auf Erden und zwar eben mittelst der Kirche; in ihr und durch sie setzt er seine Tätigkeit auf Erden fort.

Dadurch erhält nun die Kirche eine ihr bis dahin fremde Aufgabe und Bedeutung: sie ist jetzt nicht mehr bloß für die Zukunft da, sondern sie hat schon in diesem Weltlaufe eine Bestimmung, nämlich dem erhöhten Christus als Organ seiner Wirksamkeit auf Erden zu dienen. Zugleich aber hat sie als Leib Christi auch schon etwas in der Gegenwart, sie nimmt gewissermaßen an der Herrlichkeit des erhöhten Christus teil.

So ist die Kirche nicht mehr bloß das auf den Anbruch des Himmelreichs und die Wiederkunft Christi wartende Volk Gottes, ihre Existenz ist nicht lediglich eine provisorische, sie gewinnt einen dauernden Charakter, indem sie in diesem Zeitlauf Aufgaben zu erfüllen und Schätze zu genießen hat. Die Kirche ist mit einem Wort Heilsanstalt, und das Wort Extra ecclesiam nulla salus erhält jetzt einen anderen Sinn als bisher (s. o. S. 11). Die Kirche ist die Heilsvermittlerin, nur durch ihre Vermittelung kann man selig werden.

Es liegt auf der Hand, daß dadurch der eschatologische Charakter des Kirchenbegriffs, seine ausschließliche Beziehung auf die Zukunft, auf das zukünftige Himmelreich abgeschwächt wird. Die Christen brauchen nicht immer nach der Zukunft auszuschauen, die Gegenwart schon stellt ihnen Aufgaben und bietet ihnen einen Vorschmack der künftigen Herrlichkeit.

Wenn diese Gedanken und Folgerungen auch noch nicht so klar und entwickelt beim Apostel Paulus hervortreten, so liegen sie doch in der geradlinigen Fortsetzung der von ihm vollzogenen Vergleichung der Christen mit dem Leibe Christi[1]. Bezeichnend ist, daß schon im Epheserbrief nicht nur von der Kirche gesagt wird, sie bedürfe, als der Leib, Christi als des Hauptes (4, 15), sondern daß geradezu behauptet wird, auch Christus bedürfe der Kirche als des Leibes, als dessen, was zu seiner Ergänzung gehöre, was sein Wesen erst ganz vollmache (1, 23: τὸ πλήρωμα αὐτοῦ)!

In den Pastoralbriefen lesen wir von der Kirche: — ἐν οἴκῳ θεοῦ,

[1] Über die Verbreitung dieser Vergleichung in der nachpaulinischen Literatur vgl. Titius, Die neutestamentliche Lehre von der Seligkeit und ihre Bedeutung für die Gegenwart. Bd. IV (1900) S. 243 f.

ἥτις ἐστὶν ἐκκλησία θεοῦ ζῶντος, στῦλος καὶ ἑδραίωμα τῆς ἀληθείας (1. Tim. 3, 15).

Für den Verfasser des zweiten Clemensbriefes ist die Kirche ihrem Ursprung wie ihrem Wesen nach außer- und überirdisch, vor der Weltschöpfung geschaffen, die himmlische Genossin Christi in der Präexistenz (vgl. bes. c. 14).

Irenaeus »betrachtet die katholische Kirche als die bestimmte und einzige Fortleiterin der geschichtlichen Wirksamkeit des Erlösers, als das alleinige Organ seiner erlösenden Wirkungen, als die alleinige Inhaberin der christlichen Heils- und Lebenskräfte, mit Einem Worte des heiligen Geistes. — Sie hat Christus zur Depositärin seiner Gnadenkräfte gemacht«[1].

VI.

Die große geschichtliche Bedeutung des paulinischen Kirchenbegriffs erhellt vor allem daraus, daß der Katholizismus den urchristlichen Kirchenbegriff nicht in seiner ursprünglichen Gestalt aufgenommen hat, sondern mit der Modifikation, die ihm der Apostel Paulus gegeben hat. Das will sagen:

Die Kirche ist für den Katholizismus zunächst geradeso wie für das Urchristentum die Gesamtheit der von Gott zu seinem Reiche Berufenen. Im apostolischen Glaubensbekenntnis, dem Grundbekenntnis der großen geschichtlichen Kirchen, steht neben der sancta ecclesia catholica die communio sanctorum. Innerhalb dieser Gesamtheit tritt nun aber im Katholizismus insofern ein wichtiger Unterschied ein, als die Leitung der Kirche Sache eines bestimmten Standes in der Kirche, des Klerus, ist, und die anderen, die Laien, eine lediglich passive Stellung innerhalb der Kirche haben. Laici sunt in ecclesia, sed non sunt ecclesia.

Die Kirche ist aber nicht bloß die Gemeinschaft der Christen, sondern auch — und darin wirkt der paulinische Kirchenbegriff nach — Heilsanstalt als der Leib Christi.

Was bedeutet das? Die Kirche dient dem erhöhten Christus in der Zeit von seiner Erhöhung bis zu seiner Parusie als Organ und Stätte

[1] Richard Rothe, Die Anfänge der christlichen Kirche und ihrer Verfassung. Bd. I, 1837, S. 580 f. Vgl. bes. die berühmte Stelle aus Irenaeus III, 24, 1: in ecclesia posuit deus universam operationem spiritus; cujus non sunt participes omnes qui non concurrunt ad ecclesiam — ubi enim ecclesia, ibi et spiritus dei, et ubi spiritus dei, illic ecclesia et omnis gratia.

seiner Heilswirksamkeit auf Erden, in der Kirche setzt Christus seine Erlösertätigkeit fort, aber auch nur in ihr; es gibt keinen anderen Weg zur Seligkeit als die Kirche: extra ecclesiam nulla salus.

Ist die Kirche der Leib Christi und Christus das Haupt der Kirche, dann ist Christus in der Kirche gegenwärtig mit seinen Gnadenschätzen, und wer zur Kirche gehört, nimmt jetzt schon, nicht erst mit dem Anbruche des messianischen Reiches, teil an dem Heil, das Christus durch seinen Tod und seine Auferstehung den Seinigen erworben hat. Das Heil ist in der Kirche vorhanden und braucht von dem, der selig werden will, nur angeeignet zu werden; mittelst der Sakramente wird es ihm vom Priester zugeleitet.

Es ist nicht zu leugnen, daß dieser Kirchenbegriff eine Verdiesseitigung des bisher transzendenten Heiles, eine Vergegenwärtigung des bisher rein zukünftigen Gottesreiches bedeutet: die Seligkeit der Christen ist nicht mehr rein von der Zukunft zu erwarten, sie ist in der Gegenwart vorhanden, weil Christus mit seinen Gaben und Schätzen in der Kirche gegenwärtig ist. Die Eschatologie tritt im Katholizismus zurück; ihre Vertretung wird den Sekten überlassen.

Die Erklärung dieser Wandlung des Kirchenbegriffes liegt nahe. Albert Schweitzer sagt einmal: »Die ganze Geschichte des Christentums bis auf den heutigen Tag, die innere, wirkliche Geschichte desselben, beruht auf der Parusieverzögerung, d. h. auf dem Nichteintreffen der Parusie, dem Aufgeben der Eschatologie, der damit verbundenen fortschreitenden und sich auswirkenden Enteschatologisierung der Religion«[1]. Als die bisher als unmittelbar bevorstehend geglaubte Parusie Christi nicht eintrat und demgemäß die fieberhafte Spannung nachließ, in der das Urchristentum gelebt hatte, und der Enthusiasmus einer nüchternen Stimmung Platz machte, da konnte man nicht mehr bloß von der Zukunft und für die Zukunft leben, da wollte man schon in der Gegenwart etwas von der Seligkeit haben, die Christus den Seinen erworben hat, und griff nach der paulinischen Idee von der Kirche als dem Leibe Christi. Die Beziehung der Kirche auf die Zukunft verschwand natürlich nicht, aber sie trat zurück hinter ihre Bedeutung für die Gegenwart, die Kirche wurde beinahe zum Selbstzweck. Ist sie ursprünglich dazu bestimmt gewesen, den leeren Raum zwischen

[1] Geschichte der Leben-Jesu-Forschung. 1913, S. 407.

dem Erscheinen Christi auf Erden und seiner Wiederkehr in Kraft und Herrlichkeit auszufüllen, so bekommt sie nunmehr eine so selbständige Bedeutung, daß sie in gewissem Sinne an die Stelle des zukünftigen Himmelreiches selbst tritt: »Das Jenseits, für das die Kirche vorbereitet, ist nicht mehr ein zeitliches, sondern ein räumliches, und auch diese jenseitige Gemeinschaft ist nicht ein von der Kirche zu unterscheidendes Reich Gottes, sondern selbst auch Kirche: nur triumphierende Kirche, und dieselbe Hierarchie, die das Knochengerüst dieser irdischen Gemeinschaft der Kirche bildet, breitet auch über dies Jenseits noch ihre Herrschaft aus, sie verfügt über die Fürbitten und Verdienste der triumphierenden Kirche«[1].

So ist die Parusieverzögerung die Ursache des katholischen Kirchenbegriffs und auch des katholischen Kirchenrechtes: durch das Ausbleiben der Parusie war die Christenheit genötigt, sich auf die Dauer einzurichten. An die Stelle der charismatischen Organisation des Urchristentums, an die Stelle des Enthusiasmus und Chiliasmus der ersten christlichen Generation ist das jus divinum der katholischen Kirche getreten[2].

Daß auch für den Katholizismus so wenig wie für die vorausgegangenen Perioden der Religionsbegriff nicht individualistisch ist, braucht nach dem bisher Gesagten kaum noch besonders hervorgehoben zu werden. Es ist ein Grunddogma des Katholizismus, daß es unmöglich sei, außerhalb der Kirche und zwar der rechtlich verfaßten sichtbaren Kirche selig zu werden. Die Kirche als die von Gott zum

---

[1] Hermann Schmidt, Handbuch der Symbolik. 2. Aufl., 1895. S. 109.

[2] Ungefähr auf dasselbe kommt hinaus, was Sohm, Kirchenrecht, Bd. I S. 162, sagt: »Dieser Glaubensmut, welcher dem Geiste und Worte Gottes als solchem traut (und eben deshalb keiner Rechtsordnung bedarf), ist seit dem Ende des ersten Jahrhunderts in unaufhaltsamem Sinken. Das Mißtrauen kommt auf, nämlich das Mißtrauen in die Kraft des göttlichen Geistes. — Der Kleinglaube fordert Stützen, Hilfsmittel, Krücken, äußere Bürgschaften für die Erhaltung rechter Ordnung in der Ecclesia. Der Kleinglaube verlangt Rechtsordnung, formale Schranken, Garantien für die Aufrechterhaltung der Christenheit. Aus diesem Kleinglauben des christlichen Epigonentums ist der Katholizismus entsprungen.« Will man sich unter diesem Kleinglauben, den Sohm weiter nicht belegt, etwas bestimmtes vorstellen, so kann man eigentlich nur an die Enttäuschung denken, die die Parusieverzögerung im Urchristentum hervorgerufen hat, und wofür wir im zweiten Brief Petri cap. 3, 4 ff. und im ersten Brief des Clemens c. 23 deutliche Belege haben. Vgl. Knopf, Das nachapostolische Zeitalter. 1905, S. 398 ff.

Heile der sündigen Menschheit gestiftete Anstalt ist vor dem Einzelnen da und führt ihn zum Heile, indem sie ihn aufnimmt und an den in ihrer Mitte von Gott niedergelegten Gnadenschätzen teilnehmen läßt. Wie stark der kollektivistische Religionsbegriff auch heutzutage noch in katholischen Kreisen ist, davon kann man sich leicht überzeugen. Wenn aufgeklärte Katholiken, freisinnige katholische Theologen es so schwer nehmen, mit ihrer Kirche zu brechen, aus ihr auszutreten oder von ihr ausgeschlossen zu werden, wenn sie vor dem letzten entscheidenden Schritte zurückschrecken und lieber mit der Kirche wieder Frieden machen, so ist der tiefste Grund davon im katholischen Kirchenbegriff zu suchen: der Betreffende kann es sich nicht vorstellen, daß der Einzelne als solcher, für sich allein selig werden könne: extra ecclesiam nulla salus.

VII.

Nach einer weitverbreiteten Anschauung beginnt mit dem Protestantismus die Herrschaft des individualistischen Religionsbegriffes, indem die Reformation die Mittlerschaft der Kirche beseitigt und den Einzelnen in ein unmittelbares Verhältnis zu Gott gesetzt habe; dies sei der Sinn der protestantischen Lehre von der unsichtbaren Kirche. Bekannt ist die Schleiermachersche Formel: Der Katholizismus mache das Verhältnis des Einzelnen zu Christo abhängig von seinem Verhältnis zur Kirche, der Protestantismus umgekehrt mache das Verhältnis des Einzelnen zur Kirche abhängig von seinem Verhältnis zu Christo.

Nun ist es ja freilich wahr: die Reformatoren haben am mittelalterlich-katholischen Kirchenbegriff eine wichtige Modifikation angebracht: die Kirche ist ihnen nicht sichtbar in den Formen des Rechts, sie ist geistlicher Natur, ein Gegenstand des Glaubens und nicht des Schauens und doch wirklich und gegenwärtig im Worte Gottes und den Sakramenten. Und gewöhnlich wird, zumal auf protestantischer Seite, der Abstand des reformatorischen Kirchenbegriffs vom katholischen betont, und dabei das, was beiden gemeinsam ist, übersehen oder wenigstens zurückgestellt. Dieses Gemeinsamen ist aber noch mehr als des Unterscheidenden.

Auch für die Reformatoren wie für den gesamten Altprotestantismus gilt der Satz: Extra ecclesiam nulla salus; der Einzelne kann Christum und die Seligkeit finden nur innerhalb der Kirche. Also auch hier ist die Kirche nicht bloß die Gemeinschaft der zum Heil Berufenen, sondern

auch Heilsanstalt. Für Luther wie für Calvin ist sie vor dem einzelnen Christen da; sie ist seine Mutter. Im Großen Katechismus (Secunda Pars Articulus III) sagt Luther von der Kirche: haec mater est, haec quemlibet christianum parturit ac alit per verbum, quod Spiritus Sanctus revelat et praedicat, et per quod pectora illuminat et accendit, ut verbum accipiant, amplectantur, illi adhaerescant inque eo perseverent. Ähnlich drückt sich Calvin aus (opp. LI p. 199): Et certe ecclesia communis est piorum omnium mater, quae tam reges quam plebeios gignit in Domino, nutrit et gubernat.

Der mittelalterlich-katholische Kirchenbegriff ist also von der Reformation nicht beseitigt, sondern im Gegenteil beibehalten worden. Im Kampfe gegen die Sekten haben die Reformatoren den Begriff der Kirche als einer rein autoritativen supranaturalen Heilsanstalt festgehalten. Sie wissen nichts davon, daß der Einzelne auf sich selbst gestellt in unmittelbare Beziehung zu Gott und Christus treten könne; der individualistische Religionsbegriff ist auch ihnen noch fremd[1].

[1] Julius Köstlin, Luthers Lehre von der Kirche. 1868, S. 83 f.: »Man würde sich täuschen, wenn man annehmen würde, die Bedeutung der Kirche für das christliche Leben und überhaupt für die Vollziehung der göttlichen Heilsratschlüsse auf Erden sei für Luther geringer, weniger allumfassend als für den Katholizismus. Der Unterschied ist vielmehr darin zu suchen, daß die Kirche, welcher diese Bedeutung zukommen soll, für Luther nicht dieselbe ist wie für den Katholizismus, sondern eben jene bisher erörterte, geistige, übrigens in der vollen Realität existierende, auch im Äußeren sich offenbarende Gemeine. So kennt denn auch Luther kein Christentum außer in der Kirche, d. h. eben in dieser Gemeine, keine Möglichkeit, zu Christus zu kommen außer in der innigsten, wechselseitigsten Gemeinschaft mit den anderen irdischen Gliedern dieser Gemeinschaft.« Seeberg, Der Begriff der christlichen Kirche. Teil 1 (1885) S. 88: »Nur in der Gemeinschaft der Kirche tritt nach Luthers Anschauung der Einzelne in Beziehung zu Christo.« Gottschick, Die Lehre der Reformatoren von der Taufe. 1906, S. 16: »In dem Zusammenhang der Gesamtanschauung Luthers vom Gewinn des erlösenden Glaubens ist — ein notwendiges Glied die Kirche als religiöses Gut oder als Organ Gottes, und zwar die Kirche als über alle Organisation hinausgreifende Gemeinschaft der Gläubigen. Schon empirisch angesehen. Die Verheißung Gottes und ihre Verbürgung durch Christus kommt an mich heran nur durch sie, in ihrem Zeugnis von der Vergebung, dem allgemeinen der Predigt, dem individuellen der Absolution.« Tröltsch, Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen. 1912, S. 452 f.: »Luther und die Reformatoren fassen die christliche Idee wie der Katholizismus im Schema des Kirchenbegriffs. Das ist nun nicht etwa lediglich eine Nachwirkung des mittelalterlichen Denkens, sondern das liegt im Wesen ihres religiösen Gedankens selbst, der in dieser Hinsicht eben auch einig ist mit dem mittelalterlichen und altkirchlichen bis herab auf die paulinischen Ansätze des

Und doch ist an jener Behauptung von der Überwindung des Kirchenbegriffes durch den Protestantismus etwas Wahres, wenn man zwischen Altprotestantismus und Neuprotestantismus unterscheidet[1]. Im Altprotestantismus herrscht noch der alte Kirchenbegriff ungebrochen: die Kirche ist die überindividuelle und übernatürliche Heilsanstalt; der Neuprotestantismus hat einen ganz anderen Kirchenbegriff, weil er einen ganz neuen Religionsbegriff hat.

Für den modernen Menschen ist das Subjekt der Religion das Individuum als solches: der Einzelne steht im Verhältnis zu Gott nicht mehr als Mitglied einer Gesamtheit, sondern als Einzelner. Die Religion ist heutzutage eine individuelle Angelegenheit; jeder kann nach seiner Façon selig werden. Der Satz Extra ecclesiam nulla salus gilt dem modernen Menschen als ein Stück finsteren Mittelalters. Die moderne Zeit ist das Zeitalter des religiösen Individualismus. Aus welchen Wurzeln diese Stimmung und Anschauung hervorgegangen sei, brauchen

---

Kirchengedankens. Es liegt ganz einfach daran, daß das Christentum wesentlich von Luther verstanden und gedacht wird als Gnade, als Grundlage der Heilsgewißheit. Eine Seele, die darauf gestimmt ist, ist prädestiniert für den Kirchentypus. Unabhängig vom eigenen Ich, von eigenen Anstrengungen und subjektiven Leistungen, rein als Gottesgabe, als Gewißheit und Sicherheit soll das Heil bereit liegen, und lediglich der aneignende Glaube soll es aufnehmen, damit er das große Prinzip einer objektiv göttlichen, lebenschaffenden Kraft in sich hineinnehme, die alles wirkt im Subjekt und durch das Subjekt, die aber selber unabhängig ist von ihm. Es ist der tiefe Gedanke einer alle Individuen erst hervorbringenden und in sich einigenden historischen Substanz des Lebens, verbunden mit dem religiösen Gedanken der Gnade, wodurch der religiöse Besitz Geschenk und nicht Leistung ist, und gerade in jener beseligenden Gabe die subjektiven Kräfte erst zur höchsten und reichsten Leistung entbindet; beides aber, historische Substanz und das in ihr liegende Gnadenmoment als supranaturale, von allem Weltlichen streng abgrenzbare Stiftung gedacht, deren supranaturale Grundelemente, Wort und Sakrament, frei und innerlich, ohne Zwang und ohne Recht, durch die ihnen einwohnende Gotteskraft den Glauben hervorbringen. Solche Gotteswirkung konnte für Luther nicht in individuellen Erleuchtungen und mystischen Erkenntnissen liegen, die ununterscheidbar sind von der eigenen Phantasie und dem subjektiven Leben. Es mußte ihm als etwas für alle Objektives, Gleiches und Gegebenes, als etwas schlechthin Autoritatives, Wunderbares und bestimmt Umgrenztes, von allem Menschlichen Verschiedenes sich kundgeben. Das aber war nur die göttliche Stiftung der Kirche und der überall auch äußerlich erkennbare und sichtbare produzierende Kern der Kirche, das göttliche Wort.«

[1] Ich beziehe mich hier auf die einleuchtenden Ausführungen von Tröltsch in seiner Schrift: »Die Bedeutung des Protestantismus für die Entstehung der modernen Welt« (Historische Bibliothek, 24. Bd), 1911, S. 24 ff.

wir hier nicht zu untersuchen; die tiefste Wurzel ist jedenfalls das Christentum und der Protestantismus selbst. Es genüge hier festzustellen, daß dieser individualistische Religionsbegriff heutzutage der herrschende ist, und daß der kollektivistische Religionsbegriff der Vergangenheit angehört.

Es sei zum Beweise dafür nur auf eins hingewiesen. Der moderne Christ weiß mit der ganzen altchristlichen Eschatologie nichts mehr anzufangen, am wenigsten mit der Lehre von der Auferstehung der Toten. Er denkt sich die himmlische Seligkeit als einen Zustand, der für jeden Frommen mit seinem Tode anbricht, und kann sich nicht vorstellen, daß der Fromme nur mit allen anderen Frommen zusammen in diesen Zustand übergehen könne; auch das Leben nach dem Tode ist ihm ein persönliches Verhältnis zu Gott.

Die Konsequenzen, die sich aus der neuen Anschauung von der Religion für den altkirchlichen Kirchenbegriff ergeben, liegen auf der Hand. Ist das Individuum Subjekt der Religion, so kann es keine den Einzelnen vorgeordnete und übergeordnete, vor ihnen bestehende und sie erst hervorbringende Anstalt geben, dann kann eine Gesamtheit von Christen erst aus dem freiwilligen Zusammenschluß derer, die bereits Christen sind, entstehen; die einzelnen Christen sind dann das Prius und die Gesamtheit das Posterius. Man mag eine solche Vereinigung von Christen Kirche nennen, aber Kirche in dem geschichtlich überlieferten Sinne ist das nicht. Von der Kirche in diesem modernen Sinne gilt das bekannte Wort des Vorkämpfers des Freikirchentums, Alexander Vinet: »Die Kirche macht nicht die Gläubigen zu dem, was sie sind, sondern die Gläubigen machen die Kirche zu dem, was sie ist.« Die Kirche ist jetzt nicht mehr die Mutter der Gläubigen, sondern ihr Produkt, sie erscheint nicht mehr als eine göttliche Stiftung, sondern als eine menschliche Schöpfung; juristisch wird sie als Korporation oder Genossenschaft, wenn nicht gar als Verein zur Befriedigung der gleichen religiösen Interessen konstruiert.

VIII.

Die geschichtliche Bedeutung des Kirchenbegriffes ergibt sich aus dem Bisherigen fast von selbst und kann mit wenigen Worten beschrieben werden.

Die Wurzel des Kirchenbegriffes ist, wie wir gesehen haben, die dem

gesamten Altertum geläufige Grundanschauung, daß das Subjekt der Religion eine Gesamtheit, eine Gemeinschaft sei, und daß der Einzelne nicht für sich allein, nicht losgelöst von der Gemeinschaft, zu der er gehört, zur Gottheit in ein Verhältnis treten könne.

Aber wir haben auch gesehen: der Kirchenbegriff deckt sich nicht ganz mit dieser antiken Grundanschauung. Das Subjekt der Religion ist für ihn keine natürliche Gemeinschaft, kein Geschlecht, kein Stamm, keine Nation, sondern eine in politisch-nationaler Hinsicht neutrale Gemeinschaft, eine nicht naturhaft, sondern sittlich bedingte Gesamtheit. Den Grund zum Kirchenbegriff hat der israelitische Profetismus gelegt, indem er den Standpunkt vertreten hat, daß das Volk Israel nicht als solches, nicht in seiner natürlichen Beschaffenheit zum Reich Gottes eingehen könne, sondern nur wenn und soweit es gewisse sittliche Bedingungen erfülle.

Der Kirchenbegriff bedeutet die Befreiung der Religion von ihrer naturhaften, nationalen, politischen Grundlage, ihre Erhebung in das Gebiet des Sittlichen und Universellen. Wenn das Christentum im Unterschied vom Judentum eine sittlich-geistige Weltreligion geworden ist, so hat es dies dem Kirchenbegriff zu danken.

Ohne den Kirchenbegriff wäre aber auch der religiöse Individualismus der modernen Zeit nicht möglich gewesen. Von der Anschauung, daß Subjekt der Religion nur eine natürlich-politische Gemeinschaft sei, führt keine Brücke zu der Anschauung, daß das Individuum als solches Subjekt der Religion sei.

Der Kirchenbegriff bildet den Übergang von der antiken zur modernen Anschauung. Mit jener hat er das gemeinsam, daß Subjekt der Religion nicht das Individuum, sondern eine Gesamtheit sei, mit dieser ist er darin einig, daß das Subjekt der Religion nicht naturhaft bedingt sei [1].

[1] Daß der Kirchenbegriff auch noch andere Seiten der wissenschaftlichen Betrachtung biete, als die hier untersuchte, soll nicht geleugnet werden. Eine Betrachtungsweise hat Tröltsch sozusagen entdeckt, die soziologische, indem er den Kirchentypus als einen der drei soziologischen Typen des Christentums aufgezeigt und dem Sektentypus und dem reinen Spiritualismus und Mystizismus gegenübergestellt hat (bes. in den Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen. 1912, S. 360 ff, 794 ff.). Es ist das eine die ganze Geschichte des Christentums erleuchtende Erkenntnis, der die vorstehende Untersuchung, was den Kirchenbegriff betrifft, lediglich zur Bestätigung dient.

Die Entstehung der Vasallität und des Lehenwesens.

Von

Ernst Mayer.

§ 1. Der ligius und die Gefolgschaft.

I.

IN der hübschen kleinen deutschen Rechtsgeschichte von Richard Schröder heißt es: »Wer eigenen Besitz zu Lehen gab (Lehen an Eigen), konnte auch in seinen eigenen Fehden Kriegshilfe verlangen. Der Mann war ein »Ledigmann«, das Lehen ein Lediglehen (feudum ligium)«[1]. Es ist zu erwarten, daß dieser Satz, wie so oft gerade die kompendiöse Darstellung ohne jeden Quellenapparat einen erheblichen Einfluß üben wird. Darum soll hier zuerst das Recht des ligius nachgeprüft und von da die allgemeine Struktur des Gefolgsrechts untersucht werden.

Früher hat Schröder lediglich ausgeführt, daß der ligius zum Dienst gegen jedermann verpflichtet ist und auch der Dienstmann zu den ligii zählt[2]. Von denjenigen aber, welche das Institut für französisches und deutsches Recht zusammen eingehender behandelt haben, habe ich selber darin die Fortsetzung der altgermanischen Gefolgschaft gesehen, weil die ligii die Weggefährten der Herren sind; aber, da den Herrn auch seine sonstigen Schützlinge und seine Unfreien begleiten, so gehören auch diese zu den ligii[3]. Guilhermoz hat nachher[4] insbesondere auf die Vasallenqualität des ligius den Nachdruck gelegt, ohne eigentlich eine geschichtliche Verknüpfung der Erscheinung zu versuchen. Pirenne dagegen ist vorwiegend von den unfreien Elementen unter den ligii ausgegangen[5]. Das sind die mir bekannten Schriftsteller, welche versucht haben, genauer auf das Wesen der Sache einzugehen[6].

---

[1] Deutsche Rechtsgeschichte (Sammlung Göschen) I S. 79.

[2] R.G. [5] S. 449; S. 455 N. 43.

[3] D.fr. V.G. II S. 115 f.

[4] éssai sur l'origine de la noblesse en France au moyen age 1902 S. 324 f.; meine Ausführungen hat er sichtlich nicht gekannt.

[5] Ac. Bruxelles Classes des lettres Bull. 1909 S. 46 ff.

[6] Jeder Materialkenntnis und Übersicht über die einschlägige Literatur entbehren die Ausführungen bei E. Molitor der Stand der Ministerialen S. 188 f.

II.

Den Ausgangspunkt soll es bilden, daß in rheinisch-westfälischen Quellen des 13. Jahrhunderts das dort als fremd empfundene Wort ligius mit Ledigmann übersetzt wird[1]. Das könnte an sich ja auch nur auf eine Wiedergabe des Sinnes gehen und brauchte nicht die etymologische Gleichheit der beiden Wörter zu bedeuten. So habe ich denn früherhin die letztere nur auf die rechtlichen Merkmale sowie auf die bloße sprachliche Möglichkeit begründet[2]. Allein ein paar Beobachtungen ergeben auch die unmittelbare etymologische Gewißheit. In Mittelfrankreich nämlich lautet 1046 und später die Form lidgius (litgius)[3]; im rheinischen Bereich aber wird wiederum der miles gregarius, also der Ministeriale, der, wie im nachfolgenden wiederholt erwiesen werden soll, zu den ligii rechnet, als lithknecht bezeichnet[4]. Beides zusammen ergibt, daß auch sprachlich der ligius nichts anderes als der »ledige«, der liđugr des nordischen ist, wie denn der Ausfall des đ zwischen zwei Vokalen eine Eigentümlichkeit des Niederfränkischen darstellt. Der ligius, der ledige ist derjenige, der mit dem Herrn zu aller Zeit den Weg (liđ) zusammen ziehen kann und deshalb keine eigene Familie zu haben vermag; so wird dann die Bezeichnung für den Weggefährten auch das Wort für den Unverheirateten, dem gleichen Bedeutungswechsel folgend, der sich ebenso für Hagestolz und Einläufig erweisen läßt[5].

---

[1] D.fr. V.G. II S. 115 N. 14.

[2] D.fr. V.G. II S. 118.

[3] Métais cart. de la trinité de Vendôme I S. 117, 1046 lidgius homo Salomonis; dieselbe Form findet sich aber auch in einer undatierten Nachricht aus Limoges (Ducange IV S. 112 s. v. litgensia).

[4] Steinmeyer-Sievers, die althochdeutschen Glossen II. S. 610 n. 47; über die Herkunft des cod. par. 10 195 aus Echternach und seine Entstehungszeit ebenda IV S. 597.

[5] D.fr. V.G. II S. 118. Pirenne a. a. O. S. 49 N. 1 versteht mich nicht richtig, wenn er schreibt: je ne puis croire toute fois, avec M. Mayer, que ledig ait communiqué a ligius sa signification secondaire de célibataire et, par extension, de serviteur non marié. Il est très vrai que plusieurs mots désignant des serviteurs impliquent le célibat. Cf. puer, junior, hagastaldus, hagestolz. Mais si ligius se trouvait dans ce cas, on ne comprendrait plus les expressions telles, que advocatus ligius, dominus ligius etc. Ich meine doch nicht, daß noch im M.A. der ligius unverheiratet habe sein müssen, sondern nur, daß in der Urzeit, in welcher der Ausdruck für Weggefährte (ligius, gasindio) bereits entstanden sein mußte, die

Mit legitimus hat ligius sprachlich gar nichts zu tun; aber es ist nicht verwunderlich, daß eine ganz naiv räsonnierende Zeit gelegentlich diese Gleichung versucht, zumal ja sekundäre Bedeutungen von ligius unmittelbar in den Bedeutungsbereich von legitimus herüberspielen; namentlich den anglonormannischen Quellen gehört dieses Mißverständnis an[1].

III.

1. Von den Anwendungen des Worts ligius sollen zunächst diejenigen vorweggenommen werden, die das Verhältnis zwischen Herr und Diener überhaupt nicht mehr im Auge haben. So wird die Beziehung des Eigentümers zur Sache mit unserm Wort bezeichnet[2] und darum heißt auch die freie Gewalt, wie sie dem Eigentümer zusteht, und deshalb die volle Verfügungsfreiheit überhaupt »ligia potestas«[3]. Darauf beruht dann wieder die im Anglonormannischen so oft verwendete Formel in »ligia viduitate«[4]; denn gemeint ist damit die volle Verfügungsfreiheit der Witwe. Sehr wohl möglich ist, daß dabei auch der eben besprochene spielerische Wechsel von ligius zu legitimus mitgewirkt

---

dauernden Begleiter eines Herrn allerdings unverheiratet waren. Für das Recht der geschichtlichen Zeit bleibt von alledem nur das Merkmal der ausschließlichen Zugehörigkeit zu einem Herrn.

[1] Summa de legibus Normaniae (ed. Tardif.) XII. 1. liganciam autem sive legalitatem. Hierher auch Bracton (ed. Twiss) I S. 628 poterunt plures domini plura capere homagia ratione plurium tenementorum, dum tamen unus ex pluribus dominus sit praecipuus et legitimus (sonst ligius). Beaudouin (nouv. revue hist. du droit français VII S. 664 ff.) hat seine Ausführungen auf dieser Volksetymologie aufgebaut. — Ganz unmöglich und genauerer Widerlegung nicht bedürftig ist die Ableitung von einem angeblichen leodius = fiscalis, die Flach origines de l'ancienne France III S. 65 N. 5 versucht hat.

[2] So schon Wauters libertés communales preuves S. 251, 1060 (dazu Pirenne a. a. O. S. 48) de bono S. Martini in Somnia legius est comes advocatus; de bono S. Remacli usw. legius est comes advocatus; de bono S. Albani usw. legius est advocatus. Super bona hec omnia nec episcopus nec advocatus ullam habet potestatem. Hier geht dem Zusammenhang nach legius nur auf die ausschließliche Berechtigung.

[3] Wace roman de Rou (ed. Andresen 6801) li rei Ewart en sa sante et en sa lige poeste: zwei andere Beispiele bei Godefroy dictionaire IV, S. 780. Bracton VI, S. 126 § 4 ad recognoscendum super sacramentum suum, si predictus C. in ligea potestate sua et dum fuit compos sui vel bonae memoriae vel sanae mentis dedit B. tantam terram.

[4] Bracton V, S. 30 in ligia sua viduitate confirmavit. — Dugdale monast. Anglicanum (N. A.) VI S. 187 a. Nr. 1. donationes, quas Constantia — in viduitate et ligia potestate sua fecit; VI, S. 482 n. 5 in ligia potestate et viduitate mea.

hat. — Den Ausgangspunkt aber für die bisher gewonnene Bedeutung bildet es, daß der Herr im Verhältnis zu dem Mann, der ihm ausschließlichen Dienst schuldet, als dessen ligius dominus bezeichnet wird[1].

2. Die absolute Unterwerfung unter den Herrn, die sich schon bisher als Merkmal des Verhältnisses ergeben hat, ist überall da gemeint, wo das Wort ligius zur Bezeichnung des Mannes verwendet wird. Im ganzen französischen Rechtsgebiet, am Rhein und bis herüber nach Westfalen, in England wie Italien tritt diese Bedeutung gleichmäßig auf, während zwar in Spanien die Sache unter dem Namen solidus vorkommt, das Wort jedoch, soweit ich bisher sehe, nicht bezeugt ist; in Süditalien aber wird ligius und solidus unmittelbar gleichgesetzt[2]. Es ist dann nur ein Reflex der gleichen Bedeutung, wenn ein Haus des Vasallen, welches nach einem besonderen Rechtsverhältnis dem Herrn unbedingt offen steht, domus ligia heißt[3]. Daß jemand der ligius eines

---

[1] pax Valencenensis (bei Giselbert. chronicon Hanonie H. A. S. 303) 1114 miles — purgabitur per solemne iuramentum, quo tenetur domino proprio ligio — aut manu septima purgabitur. Chanson de Roland (ed. Gauthier) v. 2421. e lurs amis e lur lieges seignurs. L. Willelme (ed. Liebermann) 20 § 2 de relief de vavassur a sun lige seignur. Dialogus de scaccario (Stubbs sel. charters [5] S. 219) II, 4. dominus ejus, qui vulgo ligius dicitur, hoc est cui soli ratione d o m i n i i sic tenetur, ut contra ipsum nihil alii debeat, rege dumtaxat excepto. Noch einige andere Beispiele bei Beaudouin a. a. O. S. 659 f.

[2] Zu dem von mir in D. fr. V. 9 II S. 115 f. N. 16, N. 17 und it. V.G. I S. 452, dann dem von Guilhermoz a. a. O. S. 324 beigebrachten noch: l. Henrici 43 § 6 wer von mehreren tenet ist dem am meisten obnoxius, cujus legius est. Glanvilla IX, 1, § 6, si quis ergo plura homagia — fecerit diversis dominis, quo se invicem infestent, si capitalis dominus (VII, 10 § 1, capitales eorum domini, id est illi, quibus ligeantiam debent, sicut de primis eorum feodis) ejus ei praeceperit, quod secum in propria persona eat contra alium dominum suum, oportet eum ejus praecepto in hoc obtemperare. Bracton I, S. 628, wenn jemand mehrere domini hat, in propria persona semper stabit cum eo, cui fecit ligeanciam. Britton III, 4, 18, et si aucun deive fere homage a autre seignur lige qe a nous, si le face par cestes paroles: jeo devieng vostre homme de feez et de tenements, qe jes de vous tieng et tenir dei — et fey vous porterai de vie et de membre outre totes gentz, sauve la fey, qe je doi au roi. — Über die süditalische Gleichung ligius = solidus meine it. V.G. I, S. 455 n. 63.

Eine ganz späte, aber auch mit dem bisherigen zusammenhängende Anwendung des Wortes ist es, wenn im 14. Jahrhundert die Zugehörigkeit zum Westfälischen Grafengericht mit ligius ausgedrückt wird (Lindner Veme, S. 381 f.).

[3] Lacomblet U.B. II, 297, 1246; II, 718, 1278; II, 773, 1282; dazu D. fr. V.G. II, S. 116 N. 19.

Herrn, dann aber mit Ausnahme dieses Herrn auch der ligius eines andern sein kann, ist nur eine spätere sekundäre, aber nicht bedeutungslose Bildung [1].

Derjenige Herr unter mehreren, im Verhältnis zu dem der Mann ein ligius ist, wird auch als dessen dominus capitalis betrachtet [2]. So sehr überwiegt die Verpflichtung diesem Herrn gegenüber, daß, wenn der Vasall demselben gegen seine übrigen Herren beisteht, er deren Lehen nicht verliert [3].

3. Ein solcher homo ligius kann nun jedenfalls auch ein unfreier sein [4]. Darum ist lige manchmal soviel wie Dienstmann [5]. Auf das gleiche führt, wenn die ligii unter die demaine [6] gehören, die ja ebenfalls die Ministerialen befaßt [7]. Deshalb trägt gelegentlich auch der ligius die Waffen des leichten Reiters, als welcher ursprünglich der Ministeriale erscheint [8]. Daß eine anglonormannische Quelle auch die vavassores als ligii faßt, wird freilich nicht auf die ebenfalls häufige Bedeutung von vavassor als unfreier Reiter gehen, sondern es sind hier damit nur die gewöhnlichen milites im Gegensatz zu den barones des Königs gemeint [9].

---

[1] Einige Belege in der Note d. zu Jean d'Ibelin 195 (recueil des historiens des croisades: lois I, S. 313); Beaudouin a. a. O. S. 661, 1219. Dazu auch Holtzmann franz. V.G. S. 26.

[2] Glanvilla VII, 10 § 1; IX, 1 § 6 (N. 1).

[3] Bracton I, S. 644, Lehensverlust, si tenens domino suo atrocem fecerit iniuriam, vel si steterit cum inimico domini sui consilio vel auxilio contra dominum suum excepto principe et capitali domino suo, cui fecit ligeantiam.

[4] Renaus de Montauban (Lit. Verein 67) S. 141 v. 25, vos homes seroit liges acatés a deniers (Guilhermoz S. 347 N. 3 a. E.). — Ebenso faßt der französische Sw. sp. (z. B. 31) durchweg das als lige, was der deutsche Text mit Knecht wiedergibt. Andere Belege bei Pirenne a. a. O. S. 51, 158.

[5] Französ. Sw. sp. 20.

[6] Beaudouin a. a. O. S. 666, las personas sobre nomadas — cossentero, que ells ero tug sus home legi e domeni, de cors et de vassalatge, come ero estatus del senhor B. de Guiscard, so padre; ebenso ergibt dial. de scaccario II, 4 (S. 25 N. 4), daß die Beziehung des Herrn zum ligius ein dominium ist.

[7] Genaueres in meinen Ausführungen M.Oe.J. XXXII, S. 439 f.

[8] So der homz liges des coutumier de Picardie (ed. Marnier) S. 17: er hat pourpointel, bachinet, wanteles de fer, de achier ou de baleine, heuses et esperons; dazu Guilhermoz S. 466 N. 3 und S. 180; die coutumes des francs homes du Cambresis c. 4 (Tailliar recueil des actes en langue romane wallone S. 378) können m. E. nicht herangezogen werden.

[9] Leis Willelme 20 § 2. Die Stelle geht, soweit sie von der Vorlage (Knut. II, 71, 3, 5) abweicht, vom feudum militis aus und bezieht dann das, was Knut. II, 71

Als ligius wird in einer sehr inhaltsreichen Quelle für Toulouse derjenige Bürger bezeichnet, der sich und seine Abkommen dauernd der Herrschaft eines anderen Bürgers unterwirft. Ein solcher ist homo de corpore et de casalagio. Wie anderwärts der Nachlaß des erblosen Unfreien an den Herrn fällt, so unter den gleichen Voraussetzungen nach tolosanischem Recht der Nachlaß dieses ligius. Seine Immobilien kann der tolosanische ligius, auch wenn sie nicht vom Herrn stammen, nur mit Zustimmung des Herrn veräußern. Es ist für anderes wichtig, daß der ganze hierher gehörige Titel mit de homagiis überschrieben ist und so die ligii als diejenigen gefaßt werden, welche homagium geleistet haben[1]. — Ebenfalls auf eine Schutzherrschaft geht es, wenn die Juden, welche unter der tutela und defensio des Königs stehen, als die ligii desselben betrachtet werden[2].

Unrichtig aber ist es, in den ligii lediglich solche sehen zu wollen, welche in der Knechtschaft geboren sind oder der Knechtschaft sich ergeben[3]. Einer der ältesten Belege, nämlich die Commendation des Boemund an den Kaiser Alexius, betrifft einen der mächtigsten Fürsten der Welt; sofort mag schon jetzt darauf hingewiesen werden, daß sich Boemund damit zum οἰκέτης (also domesticus) oder δοῦλος des Kaisers macht[4]. — In den englischen Quellen aber, wo die servientes — auch diejenigen, welche von der magna sergantia Reiterdienste leisten —, deutlicher, wie im französischen Recht als Unfreie erscheinen[5], wird gerade von

§ 1, 71 § 4, für den Panzerreiter bringt auf den Baron; der Verfasser versteht eben die Veränderung des relevium nicht, die in normannischer Zeit stattfand (§ 2 III, 1).

[1] Coutumes de Toulouse (ed. Tardif.) 147—155 b.; dazu d. fr. V.G. II, S. 22, 117.

[2] l. Edward. conf. (ed. Liebermann) 25 omnes Iudei — sub tutela et defensione regis ligii debent esse; neque aliquis eorum potest se subdere alicui diviti sine licentia regis, quia ipsi Iudei et omnia sua regis sunt.

[3] Das ist die Meinung von Pirenne a. a. O. S. 59 f.

[4] Annae Comnenae Alexias (ed. Reiferscheid) XIII, 12, S. 209: Boemund, der sich (S. 210) verpflichtet, gegen jeden Gegner des Kaisers Krieg zu führen (ὁπλίσομαι τὴν δεξιὰν κατὰ παντὸς ἀνθισταμένου) verspricht ὥστε λίζιον γενέσθαι τοῦ σκήπτρου σου ἄνθρωπον καὶ — οἰκέτην καὶ ὑποχείριον, ἐπειδὴ καὶ σὺ ὑπὸ τὴν σὴν δεξιὰν ἕλκειν ἐμὲ βεβούλησαι καὶ ἄνθρωπόν σου ἐθέλεις ποιήσασθαι λίζιον; δοῦλος auf S. 210; dazu d.fr. V.G. II, S. 115 N. 16.

[5] Bracton II, S. 304 unt., milites suos, servientes proprios, armigeros sive dapiferos usw. im fridhborg des Herrn, nachdem vorher gesagt, daß magnates, milites, liber homo in keinem francum plegium sind; II, S. 546 E 3, es werden servi und servientes in bezug auf selbständiges Klagerecht als unfreie Personen behandelt.

den ligii niemals ausdrücklich gesagt, daß sie servientes seien, sondern alle Angaben über ligii beziehen sich auf libere tenentes; freilich wird man daraus noch lange nicht folgern dürfen, daß solche Leute, welche ja von der magna serganteria auch das homagium leisten[1], keine ligii gewesen wären. Aber jedenfalls sind nach englischer Auffassung die ligii zum großen Teil unter den freien Rittern zu finden. Ebenso behandeln alte französische Epen gerade die Barone des Königs als dessen ligii[2]. — Nur so kann man es auch erklären, wenn in den Staaten, wo der König die Krieger unmittelbar an sich binden will, er sie alle zu seinen ligii macht[3].

Es befaßt also der Begriff der ligii Angehörige verschiedener Stände, denen allen gemeinsam ist, daß sie in besondere nahe Beziehung zur Person des Herrn gebracht werden. — Geradeso geht das keltische Wort Vasall auch noch in der frühfränkischen Zeit auf freie und unfreie Diener und hat im spanischen diesen weiteren Sinn stets bewahrt[4]. — Ferner gehört es aber wahrscheinlich hierher, wenn eine provenzalische Nachricht des 9. Jahrhunderts, also einer Zeit, in der auch sonst in der Provence germanische Rechtsausdrücke vorkommen, davon spricht, daß junge Bauern in der skola verwendet werden; gemeint ist hier wohl das germanische Wort skola, das für Gefolgschaft gebraucht wird[5]. —

---

[1] Bracton I, S. 628 f.; Fleta III, 16 § 19; Britton III, 4, 4.

[2] Garin (ed. P. Paris) I, S. 112 f. faßt die homes liges des Königs als dessen Barone. Renaus de Montauban S. 154 Z. 25. Renaus est mes hom lige — de moi tient Montauban et une duchie.

[3] So läßt Boemund im Frieden mit Alexius zu (Anna Comnena XIII, 12, S. 216), daß alle seine στρατιῶται ihrerseits ὀμοῦνται καὶ αὐτοὶ καὶ συμφωνήσουσι τῇ δουλείᾳ τῆς βασιλείας σου. Da nach dem vorausgehenden Boemund selber als Kaiserlicher δοῦλος ein λίζιος ist, so werden eben auch die Begleiter ligii. — So in den Kreuzzugsstaaten: Jean d'Ibelin 197, 198. — Im normannischen Gebiet ist jedenfalls später der dem König auch ohne Lehen geleistete Eid ein homagium (Glanvilla IX, 27; somma de legibus Norm. XIII, 1); ob das aber ursprünglich nicht nur als Untertaneneid zu fassen ist, steht dahin; die Nachricht über das Vorgehen Wilhelms I. könnte auch damit erklärt werden; dazu d. fr. V.G. II, S. 156 N. 142.

[4] Fuero viejo (ed. Asso y Manuel) III, 6, 3; III, 7, 2, vasallo solariego ist der Bauer auf einer herrschaftlichen Domäne. Daneben wird das Wort allgemein für den ritterlichen Gefolgsmann verwendet.

[5] Cart. de S. Victor de Marseille II, S. 637 f. Güterverzeichnis des Bischofs Vadaldus F. 1, G. 2. H. 2, 3, 65, 73. Ich habe diesen wichtigen Beleg in meinen Ausführungen über scola (Z. Sav. St. G. A. XXXII, S. 316; XXXIII, S. 482) übersehen.

Endlich wird minister, Dienstmann nicht selten im gleichen weiten Sinne für freies und unfreies Gefolge gebraucht.

IV.

1. Von den einzelnen Merkmalen des ligius kommt zunächst in Betracht, daß er dem Herrn gegenüber homo de corpore[1] ist.

In der Unterwerfung des Boemund bezeichnet sich dieser als der οἰκέτης, also der domesticus des Alexius[2]. — Damit stimmt dann, wenn im oberitalienischen Recht der domesticus derjenige ist, der durch ein strengeres juramentum als das gewöhnliche juramentum fidelitatis sich dem Herrn unterwirft[3]. — Aus dieser Zugehörigkeit zum Gesinde folgt ferner im anglonormannischen Recht, daß der Herr bei der Tötung des ligius wie bei der Tötung anderer Hausgenossen die manbot bezieht[4]. — Die Vormundschaft über minderjährige Söhne wie über Töchter steht unter mehreren Herren nur gerade dem dominus ligius zu[5]. — Der ligius muß dem Herrn, dem er ligeancia geleistet, persönlich in den Krieg folgen[6]. Wie der Verwandte, so kann und muß auch der homo ligius und nur er für den Herrn im Zweikampf auftreten[7].

---

[1] So wird das unmittelbar für die ligii des Rechts von Toulouse gesagt (S. 30 N. 1). Wenn dann Beaumanoir LXI § 27 dem Vasallen die Herausforderung desjenigen Herrn untersagt, à qui il est hons de corps et de mains, so wird das wohl auch nur auf den ligius gehen.

[2] S. 30 N. 4.

[3] Cons. feud. VIII, 11 (Lehmann, Langobardisches Lehenrecht, S. 120).

[4] L. Henrici 82 § 5; über manbot Liebermann II, 2, S. 576.

[5] Bracton II, S. 12 § 5, unus tamen plurium praefertur omnibus et maius jus habet in maritagium scilicet primus feoffator dominus capitalis, de quo antecessor heredis suum primum habuit feoffamentum et cui prae omnibus aliis fecit ligeantiam. Britton III, 2, 2, pur ces, que le premer feffour ou le seignour de plus ancien fee ad major dreit en la garde de corps et par consequent del mariage pur la ligeance que autre plus tardif feffor. — Der besondere Satz des englischen Rechts, daß, wenn der König dominus ligius neben andern Lehensherrn ist, er die custodia nicht nur über das von ihm rührende Lehen, sondern über alle Lehen seines Mannes hat, braucht hier nicht weiter verfolgt zu werden: Bracton I, S. 672; Fleta I, 13 § 5; Britton III, 2, 3.

[6] L. Henr. 82 § 5; Bracton I, S. 628 (S. 28 N. 2).

[7] Beaumanoir LXIII, § 1; dann Et. de S. Louis I, 52 mit der dazu gehörigen Glosse (d. fr. V.G. II, S. 117 N. 21). — Es stimmt dazu, daß nach spanischem Recht der vasallo genau so, wie innerhalb des vierten Grades die Verwandten des Verletzten, statt des señor herausfordern kann: Partida VII, 3, 2; Ordoniamento de Alcala XXXII, 7.

Diese Gleichstellung mit den Verwandten findet sich gelegentlich allgemein[1]. Es gehört auch noch unter den gleichen Gesichtspunkt, wenn die ligii eines Herrn, die eben als Hausgenossen gefaßt werden, untereinander sich zur Treue verpflichtet sind[2].

Alles zusammen ergibt, daß das dauernde Zusammensein mit dem Herrn in dessen Haus und unter dessen Gesinde genau so sehr den ligius sachlich kennzeichnet, wie die sprachliche Bedeutung des Wortes ein Gehen mit dem Herrn ausdrückt.

Es liegt darum in der bisher verfolgten Linie, wenn der ligius gelegentlich noch spät von dominus ligius kein Lehen hat[3]. Vor allem aber wird wiederholt der ligius grundsätzlich als derjenige gefaßt, der wenigstens beim Eintritt in sein Dienstverhältnis ein Lehen nicht erhält[4].

---

[1] Joinville histoire de S. Louis (ed. Wailly) 247, et ce ne fut pas de merveille. se il et sa gent se prouverent bien celle journée; car .... toute sa bataille estoit de chevaliers de son lignage et de chevaliers, qui estoit sui home lige.

[2] Jean d'Ibelin 199, le roi otroia en l'etablissement de l'assise, que toz ces homes liges qui tenoient de lui ou de ses homes — seent tenus de fei l'un a l'autre — et que chascun d'iaus en peust requere les autres come ses peres; daraus Folgen in 201.

[3] Rigordus (ed. Delaborde) c. 59 S. 89: Den Kreuzzugszehnten soll 1188 der miles von seinem Mobiliarvermögen und von seinem feodum an den dominus ligius leisten; aber da es vorkommen kann, daß er der ligius eines Herrn ist, ohne von diesem ein feodum zu haben, aber ein Lehen vom andern Herrn hat, dessen ligius er nicht ist, so soll dem dominus ligius der Zehnt vom Mobiliarvermögen, der Zehnt vom Lehen den Lehnsherrn gegeben werden; dazu Guilhermoz S. 236 f. N. 2.

[4] Angedeutet kann man so etwas schon in cons. feud. VIII § 11 finden. Heißt es hier: si vero domesticus sit, id est ex familia ejus, cui jurat, aut si ideo fidelitatem jurat, non quia feudum habeat, sed quia de jurisdictione ejus sit, cui jurat nominatim vitam, mentem, membrum et illius rectum honorem jurabit, so ist mit dem zweiten Teil an sich der Untertaneneid gemeint, der auch anderweit — so der englische Vorgang von 1086 (Roger de Hoveden ed. Stubbs I, S. 139, quo cum venissent, milites illorum sibi fidelitatem contra omnes homines sibi jurare coegit) — ein ausschließlicher Eid ist; aber man könnte doch das Merkmal, daß hier der Eid ausschließlicher Treue von einer Person ohne feudum geleistet wird, auch auf den ersten Teil, den Eid des domesticus übertragen. Zu irgendwelcher Argumentation würde ein so unsicherer Eindruck aber nicht genügen. — Entscheidend dagegen ist eine andere italienische Nachricht gegen die französische Grenze zu: Moriondi Monumenta Aquensia II it. 650, 1220, es wird gefragt an fuerit investitura de ligio an de lancea und geantwortet: factum de ligio. Nach dem damaligen Sprachgebrauch, wie er durchweg den libri feudorum zugrunde liegt, ist investitura die Begründung des Vasallenverhältnisses überhaupt und es wird eine Begründung unterschieden, die geschieht de ligio und eine, die mit lancea geschieht; nun ist aber

Daß freilich im Recht von Toulouse der ligius als Inhaber eines casalagium, das er vom Herrn erhält, gefaßt wird, ist kein Widerspruch, denn es steht dieses casalagium noch immer neben dem feudum und erklärt sich als ein Dienstgut, das der unfreie Mann des Herrn von diesem allmählich zur Ausstattung erhält [1].

Eine letzte Folge der rechtlichen Zugehörigkeit zum Haushalt und der Familie des Herrn ist es dann, wenn nach einer französischen Quelle, die bald nach der Mitte des 13. Jahrhunderts entstanden ist, und so zu den frühesten französischen Rechtsbüchern gehört, der service d'ost, wie er sonst den Vasallen trifft, nicht auf dem ligius liegt [2]; gemeint ist damit die auf einen Teil des Jahres — im fränkischen Reich auf insgesamt 18 Wochen — bemessene Auszugspflicht, worauf sich nach allgemeinem germanischen Recht der Kriegsdienst der Freien überhaupt, aber auch des gewöhnlichen Vasallen der nachfränkischen Zeit beschränkt [3].

Das gewonnene Bild stimmt vollständig mit der Gestalt, in der man sich das norwegische Gefolge am Königshof zu denken hat, bevor vom Süden her das Lehen Eingang fand [4]. — Es paßt aber auch zu dem, was für den Anfang des 11. Jahrhunderts das an Angaben juristischer Art so überreiche bairische Epos Ruodlieb erkennen läßt. Ruodlieb, der noch als Gefolgsmann am Hof des Königs lebt, erhält weder bei Eintritt noch beim Austritt, bei dem er vielmehr mit Gold belohnt wird, ein Lehen [5].

---

nach italienischem Recht (it. V.G. I, S. 437 N. 24; besonders cons. feud VIII, 3) wie französischem Recht (Jean d'Ibelin 144, 185) die Belehnung mit hasta (Stab) die Normalform der Belehnung. So sagt die Stelle nichts anderes, als daß bei Begründung einer ligietas eine Belehnung ursprünglich nicht stattgefunden hat.

[1] Cout. de Toulouse 148; 155 (d. fr. V.G. II, S. 20 f).

[2] Justice et plet XII, 8 § 3 apres un autre service — c'est a savoir servise d'ot (folgt nun genauere Beschreibung der vasallischen Verpflichtung). § 4 nus fiez liges ne doit service.

[3] Über das ganze d. fr. V.G. I, S. 118 f., 129 f.; it. V.G. I, S. 426 — it. V.G. I, S. 412 N. 12 für skandinavisches. Auch für das spanische Recht könnte der Beweis erbracht werden: Especulo III, 5, 5; III, 5, 6; fuero viejo I, 3, 1 (drei Monate für den Zug an die Grenze und im Feindesland).

[4] Hertzberg, len og veizla in Germanist. Abh. für K. v. Maurer, bes. S. 327 f.

[5] Ruodlieb (ed. Seiler) V, v. 305 f. Ganz mit Unrecht hat P. Kluckhohn, die Ministerialität in Südostdeutschland S. 31 ff. den Ruodlieb als Ministerialen angesprochen, stützt sich aber dabei nur auf allgemeine Ausdrücke wir servire oder famulare, die natürlich genau so auf Gefolgsleute, namentlich wenn sie sich noch am Hof des Herrn aufhalten, bezogen werden können. Ruodlieb ist aus sehr vor-

2. Nunmehr kann sich die Untersuchung zu den beiden Merkmalen der ligii wenden, welche deren rechtliche Einordnung unmittelbar ermöglichen.

a) Einmal ist der dominus ligius derjenige Herr, dem der Vasall oder dessen Voreltern sich zuerst ergeben haben[1]. Nur mit Erlaubnis dieses Herrn kann nach einer Reihe von ursprünglichen Angaben der ligius noch Vasall eines andern werden. Das ergibt sich breit für das anglonormannische Recht[2]. Auch das südnormannische Recht geht offenbar ursprünglich davon aus[3]. Im katalonischen wird das gleiche sehr früh für den solidus gesagt, der ja mit dem ligius zusammentrifft; im kastilischen aber ist noch spät angedeutet, daß der vasallo überhaupt eigentlich nur eine einzige Verbindung eingehen kann[4].

Im deutschen Recht[4] ist zwar die Regel in dieser Form nicht mehr zu

---

nehmem Geschlecht, könnte nach dem Urteil der principes eine Grafschaft erhalten (V, 404), ist par der principes (V, 400), tritt freiwillig in den Kriegsdienst ein, den er auch aus seinem Willen verläßt. Er gehört zu den sinmisti, d. h. den auricularii, des Königs (V, 195 f.). Scharf wird dieser Klasse gegenüber und unter sie der Kreis der officiales, scutifer, vilesque ministeriales (V, 174) gestellt, d. h. die allgemein vorkommenden drei Klassen der unfreien Diener, nämlich einmal diejenigen, die als officiales unmittelbar den Dienst um die Person des Herrn haben (Seiler V, 177 betrachtet zu Unrecht diese officiales als Kleriker am Königshof, während die Klasse der letzten deutlich schon durch die vorhergenannten capellani erschöpft ist und X, 88 officiales unmittelbar für einen weltlichen Dienstmann gebraucht wird) — dann die späteren »milites«, einschildigen Ritter — dann die servi cotidiani. Kluckhohn hat eben die Fortdauer der Gefolgschaft am Königshof außer acht gelassen. In Skandinavien hat sich ja die gleiche Form noch länger erhalten.

[1] Glanvilla VII, 10 § 1 (S. 29 N. 2); Bracton II, S. 12 § 5 (S. 32 N. 5); Britton III, 2, 2 (S. 32 N. 5).

[2] L. Henrici 55, § 3b, sed fides habeatur dominis omnibus salva fide precedencium et magis ei, cuius ligius est; et eius licentia sit, siquis eius aliquem alium sibi dominum faciat.

[3] Anna Comnena XIII, 12 (Bd. II, S. 212 unt.): Boemund, der ja ligius des Alexius ist, erklärt: ἀλλ' οὐδὲ ἄνθρωπος ἑτέρου γενήσομαι ἢ ἑτέρας ἀρχῆς μείζονος ἢ ἐλάσσονος ἄνευ τοῦ κράτους τοῦ ὑμετέρου.

[4] Us. Barcinon. (cortes de Aragon I, S. 19) c. 36 qui solidus est de seniore optime debet ei servire vel secundum suum posse vel secundum illorum convencionem et senior debet eum habere contra cunctos et nullus contra eum; propterea nullus debet facere solidantiam nisi (cortes lesen fälschlich nec) ad unum solum seniorem, nisi consenserit ei senior, cuius solidus primus fuit. Dem Zusammenhang nach (c. 35, c. 37; auch c. 30, wonach jeder Vasall seine castra dem Herrn offenhalten muß) muß die solidancia hier noch die einzige Form sein, in der sich der Ritter dem Herrn ergibt;

erkennen; aber wenn dann später principes des Herrn nur diejenigen sind[1], welche diesem allein Mannschaft und Hulde geleistet haben, so kommt darin doch auch, wenn schon abgeschwächt, zum Ausdruck, daß man sich nicht ohne Schwierigkeiten und Nachteile unter die Gewalt eines zweiten Herrn begeben kann.

Jedenfalls stellt nach dem bisherigen die ligietas die älteste Rechtsform der Beziehung zwischen Herrn und Mann dar und mehrfache Verbindungen, bei denen dann die ligietas nicht mehr verwendet werden kann, sind etwas jüngeres.

b) Weiter geschieht auf dieser ältesten Stufe der Eintritt gerade nur in die ligietas dadurch, daß der Vasall vor dem Herrn knieend seine Hände in dessen gefalteten Hände legt, also Mannschaft (homagium) leistet, seine Treue auch mit Worten gelobt (juramentum fidelitatis) und Hulde schwört.

Es könnte schon hierher gehören, hat aber keine selbständige Beweiskraft, daß einmal eine frühe südfranzösische Urkunde das commendare manibus als etwas auffaßt, was eine ganz besondere Treupflicht zu begründen scheint. Schon weit näher heran führt, daß im späteren Recht von Toulouse der Titel über die ligii mit de homagiis überschrieben ist[2].

Beweisend aber ist folgendes. Im Burgundischen wird derjenige Vasall, der dem Herrn gegenüber zur ausschließlichen Treue verpflichtet ist, als homo manualis bezeichnet[3]. — Im Mailändischen wird zu Ende des 12. Jahrhunderts da keine fidelitas per manum geleistet, wo einer bereits Mann eines andern ist; hier erfolgt nur eine fidelitas sine manu[4]. Das gleiche wird dann von einer verbreiteten Meinung bis herein in das 13. Jahrhundert für Süditalien behauptet; deren Vertreter werden freilich

---

dann ergibt sich das im Text Behauptete. — In Kastilien ist noch 1390 zwar gestattet, daß ein vasallo in Friedenszeit ein Lehen auch von einem andern Herrn nimmt. Derjenige aber, welcher in Kriegszeit eine zweite Lehensverbindung eingeht, verliert das Lehen aus dem ersten Kontrakt; aber auch das im Frieden empfangene Lehen geht verloren, wenn er es im Krieg wegen einer andern Lehensverbindung verlassen muß: Ordenanzas reales de Castilla IV, 3, 15 (Cod. esp. VI, S. 379).

[1] D. fr. V.G. II, S. 128 f., deren Belege sich noch weit vermehren ließen.

[2] Das erste in Vaissete V, 363, 1084; dazu d. fr. V.G., II, S. 145. Über das Recht von Toulouse oben S. 30 N. 1.

[3] Perréciot de l'état civil des personnes et de la condition des terres dans les Gaules, III, 78, 1285 (d. fr. V.G. II, S. 144).

[4] M. P. l. municipales, II, col. 943 C. (945) 1188; dazu it. V.G. I, S. 452.

von der jüngeren Schule nach damaliger Art als simplices bezeichnet[1]. — Im Kastilianischen endlich wird zwischen zwei Formen geschieden. Ein weniger intensives Verhältnis, das vom Vasallen nach Ablauf eines Jahres gekündigt werden kann[2] und an die Stellung der alten westgotischen buccellarii mahnt[3], wird durch bloßen Handkuß begründet[4]. Daneben aber steht die strengere Form des homenatge — wiederum Handreichung des knienden Vasallen und Eid[5]; für dieses homenatge ist dann die Verpflichtung wesentlich quel ayudara contra todos los homes del mundo a su poder[6].

Die allgemeine Rechtsentwicklung hat dann freilich die Verbindung des homagium gerade nur mit der ligietas beseitigt, das französische, anglonormannische, katalonische[7], das deutsche und jedenfalls weithin auch das süditalienische Recht[8] haben das homagium bei jeder Belehnung verwendet; genauere Belege sind hier unnötig. Aber immerhin wird es noch die Nachwirkung des älteren Zustands sein, wenn für Oberitalien die libri feudorum nur vom gewöhnlichen juramentum fidelitatis ausgehen und auch sonst die Nachrichten über homagium dort etwas seltenes bleiben[9].

V.

Das bisherige hat ergeben, daß jenes Verhältnis der ligietas, durch das ein freier Mann als Krieger zu unbeschränkter Dienstpflicht in das Haus des Herrn eintritt, durch das homagium geknüpft wird und daß das homagium gerade nur bei einer solchen Unterwerfung unmittelbar verwendet wird.

Die Frage ist nun: woher stammt der Handgang (Commendation) und woher kommt das ganze Institut? In der durch die Verwendung

[1] it. V.G. I, S. 455 N. 65; dazu paßt, daß im Fall des Boemund das Verhältnis durch Handgang begründet wird (S. 30 N. 4), beweist aber freilich für sich allein nicht die ausschließliche Beziehung des Handgangs auf die ligietas.

[2] Partida IV, 25, 7. Fuero real III, 13, 1. Fuero viejo I, 3, 3.

[3] Cod. Euricianus 310.

[4] Partida IV, 25, 4, 5. Fuero real, 13, 1.

[5] Part. IV, 25, 4 mit 26, 4.

[6] Part. IV, 26, 4. Diese strenge Form gilt auch für die Annahme der Beamten: Part. II, 9, 26.

[7] Dafür Constitutions y altres drets de Cathalunya 1588, IV, 30 (S. 361) und wohl schon Us. Barc. c. 36 (ob. S. 35 N. 4).

[8] it. V.G. I, S. 455 N. 64.

[9] it. V.G. I, S. 452.

des keltischen Ausdrucks vasallus ja nahegelegten Annahme, es möchten an der Bildung des Lehenswesens keltische Elemente mitgewirkt haben, hat man behauptet, daß gerade die Commendation keltischen Ursprungs sei.

Allein bereits die Nachricht über den Eintritt des Antrustio[1] weist auf eine Berührung der Hand des Königs durch den Mann und nichts steht im Weg, diese Berührung als die spätere Mannschaft zu fassen.

Vor allem aber ergeben die beiden germanischen Rechte, bei denen an einen solchen keltischen Einfluß nicht zu denken ist, den germanischen Ursprung.

Im angelsächsischen Recht nämlich ist das hond on hond sellan die Form, in der überhaupt ein Freier sich in die Gewalt eines andern Freien begibt, wie das ja auch auf dem Kontinent belegt werden kann[2]. Ein andermal wird — allerdings in der letzten angelsächsischen Zeit — die Mannschaft mit einem gan on hond begründet[3]. Entscheidend aber ist, daß bereits im Beowulf der Gefolgsherr als mundbora magoþegnum, hondgesellan und die Gefolgschaft als hondscolu[4] bezeichnet wird. Da sella nachweislich nichts anderes als »Geber« heißt[5], so sind die Gefolgsleute, die unter der Mund des Herrn stehen, diejenigen, welche die Hand gegeben haben[6]. Hier kann natürlich von irgendwelchem fränkischen Einfluß keine Rede sein.

---

[1] Marculf I, 18. Waitz IV, S. 250 behauptet kategorisch, daß bei der Aufnahme des Antrustio von Handreichung keine Rede sei, während er II, 2, S. 338 N. 1 nicht so sicher spricht. Ihm folgt dann Brunner II, S. 98. Man könnte mit Marculf I, 18 allein freilich nicht beweisen, daß der Gefolgsmann durch Handreichung eingetreten ist; aber noch weniger kann das Gegenteil damit begründet werden.

[2] Edweard II, 6; für den Kontinent Guilhermoz S. 80 N. 8; dazu Brunner R.G. II, S. 270 N. 73. — Eine eigentümliche etwa dem Ende des 9. Jahrhunderts angehörige Schilderung gibt der Wanderer v. 40—45; danach kniet der Mann vor dem Herrn, umarmt und küßt ihn (Grein-Wülker. Bibliothek der angelsächsischen Poesie, I, S. 280); aber beim ganzen Vorgang ist nicht von Begründung des Verhältnisses die Rede.

[3] Anglosaxon chronicle (ed. Thorpe) I, S. 280, 1631. Scotta cyng eode him on hand and weard his man.

[4] v. 1481 f., v. 1964.

[5] Bosworth s. v. sella.

[6] Der Ausdruck Handgeselle wurde schon früher beachtet (Schröder R.G. S. 35 N. 37); Geselle selber aber aber hat man regelmäßig (so jetzt wieder F. Kauffmann in Wörter und Sachen IX, S. 34) von Saal abgeleitet, wiewohl sachlich die Ge-

Auf das gleiche führt das nordische Material[1]. Gewiß sind die Ergebungsformen, welche die Hirdskra zugrunde legt, durch fremdes Recht beeinflußt; denn ein Eid auf die Bibel ist nichts ursprüngliches. Aber bereits in dieser spätern Form ist ein Element urskandinavisch, nämlich, daß der Mann beim Ergebungsakt die eine Hand an den Schwertgriff legt. Denn auch Saxo schildert das als urdänisches Recht[2]. So bleibt die Frage, ob das andere Element im Geschäft der Hirdskra, nämlich, daß der Gefolgsmann scal falla badum kniom firi konong a golf . . . en vinstri hand hallde hann nidr firir sek, sem honum er hoegazt ok minnizt sidan vid hond konongs, einheimischen oder fremden Ursprungs ist. — Da mag nun zugegeben werden, daß die Erwähnungen des Handgangs in den Sagen nicht unbedingt für ursprünglich skandinavisches Recht sprechen müssen, wenn es einem auch sehr schwer werden mag, Erzählungen wie die Eigla, Eyrbyggia, Laxdaela oder gar die so ursprüngliche Farøersage hier als Belege für das ausgehende 11. oder 12. und 13. Jahrhundert anzusehen[3]. Ebensowenig sind natürlich die Angaben des Königsspiegels für die ältere Zeit

---

sellen mit Saal gar nichts zu tun haben. Vielmehr wird das Wort auf diejenigen gehen, die zusammen etwas geben — entweder die Hand oder nach der gotischen Anwendung von saljan, gasalian ein Opfer —, so daß Geselle soviel wie gegildo ist.

[1] Hirdskra 31. A. M. v. Amira, Recht [3], S. 189 und nach ihm Brunner R.G. I [2] S. 190.

[2] Saxo (ed. Holder) S. 67, olim namque se regum clientele daturi, tacto gladii capulo obsequium polliceri solebant. Es wird dabei ursprünglich auch wohl der Eid auf die Waffe geleistet worden sein (Sv. Grundtvig om de gotiske folks våbened, S. 64) und die Neuerung nur darin bestehen, daß der Eid auf das Buch geschworen wird. — Auch in Marculf I, 18 könnte die Waffe, diesmal freilich die des Mannes, in der gleichen Weise verwendet sein; aber so bestimmt, wie Brunner II. S. 98, N. 13 annimmt, ist das hier nicht.

[3] Eigla (Altnordische Sagenbibliothek III) IV, 8 einer, der skald des Königs wird, gekk til handa honum; VIII, 9 sidan gerdi þorolfr handgengin konungs ok gekk þa i hirdlog. Eyrbyggia (S. B. VI) XXV § 1; for Vormundr til jarls oc gerdiz honum handgengin. Laxdaela (S. B. IV) XL § 76 þat er søgn flestra manna at kjartan hafi þann dag gorz handgengin Olafi konungi, LXX § 29 ebenso. — Olafs. Trygvas. 83 (Heimskringla ed. F. Jonsson I, S. 405) ek var fyrr hirdmadr Hakonar jarls; nu vil ek ekki gerask þer handgengin. Olafs. h. 127 (Heimskr. II, S. 278) = Faereyingaþattr (Flateyarbok II, S. 242) gengu peir til handa konungi ok gerdazt hans hirdmenn und so oft in der Heimskringla. Fagrskinna (ed. F. Jonsson) S. 49 Z. 17 gek hird Haconar konungs til handa hanum. — Sverriss. 9 (Flateyarbok II, S. 545) at ganga til handa Sverri konungi u. so oft.

zwingend[1]. Allein einmal heißt in einer Strophe, die gleichzeitig entstanden ist, der nordische Skalde Sighvat, der in die Hird des Königs Olaf[2] des heiligen getreten ist, hendilangr dem König, und hier ist an irgendwelchen kontinentalen Import noch nicht zu denken. Ferner wird von den Gulaþingslǫg das ganga a hond genau wie im südlichen Recht auch zur Begründung anderweitiger Gewaltsverhältnisse verwendet und ist hier ohne Zweifel einheimisch[3]; daß dann aber die skandinavische Form des Handgangs da, wo sich jemand in die Hirđ des Königs begibt, fremden Ursprungs gewesen sein sollte, ist gegenüber jener andern Verwendung ebenso unwahrscheinlich als unbelegt.

Das alles ergibt, daß in allen germanischen Rechten der Handgang die Form war, durch die man in das fürstliche Gefolge eintrat. Freilich genügt nicht der Handgang allein, sondern es muß auch der Eid des unbedingten Gehorsams abgelegt werden. Weithin wird sogar der Eid so sehr als das entscheidende Element betrachtet, daß der ganze Akt der Ergebung auch oft mit dem Ausdruck bezeichnet wird, der sonst zunächst auf den Eid geht. Das ist im ganzen deutschen Lehnrecht der Fall, wo der Ausdruck Hulde zunächst mit Hulde schwören auf den Eid geht, aber Hulde tun auch die Mannschaft befaßt[4], und dasselbe scheint auch die Vorstellung in Oberitalien[5]. Heißt es dann bei Tacitus über die Gefolgschaft: illum defendere, illum tueri, sua quoque fortia facta gloriae eius assignare praecipuum sacramentum est[6], so ist das kein Widerspruch mit dem bisherigen, sondern es wird nur schon von den römischen Berichterstattern geradeso wie später der ganze Vorgang der Ergebung als besonders feierlicher Eid gefaßt.

Der Sinn des Handgangs aber ergibt sich unmittelbar aus dem englischen Recht. Indem der König die Hand gibt — und das ist ja die Handreichung nur von der andern Seite gesehen — nimmt er in seine

---

[1] Speculum regale ed. Brenner S. 66 Z. 30 aller þeir maenn, er handgengner ero konongi, þa ero huskarlar. S. 77, þa skaltu ganga til handa konungi oc þar naest i loguneyti viđ hirđ hans.

[2] Olafs. h. 160 (Heimskringla II, S. 381) Knutr spurđi mik, maetra mildr, ef honum vildak hendilangr sem, hringa, hugreifum Aleif (der mit kostbaren Ringen freigebige Knut fragte mich, ob ich sein hendilangr werden wolle wie dem gutmütigen Olaf).

[3] Gul. þ. l. 66, 108.

[4] Homeyer, Sachsenspiegel II, 2, S. 320.

[5] Cons. feud VIII § 11 (S. 33 N. 4).

[6] Germania 14; auch in Marculf I, 18 ist der gleiche Gedankengang zu erkennen.

Mund auf, wie er das später auch durch Urkunde tun kann[1]. Dazu paßt dann, wenn im angelsächsischen wie norwegischen Recht der Handreichende auch außerhalb des Gefolgenkreises sich der Gewalt eines Herrn unterwirft.

Alles bisherige zusammengenommen stellt das Recht der ligii auch noch in der nachfränkischen Zeit das Recht der ursprünglich germanischen Gefolgschaft dar, die wie die unfreie Dienerschaft an das Haus des Herrn gebunden ist. Der von Waitz vermißte Beleg für das Fortleben der Gefolgschaft ist mit den ligii gegeben.

VI.

Die Manschaft ist ein notwendiges Element des ursprünglichen Gefolgschaftsrechts, weil der Gefolgsmann als ligius, und so notwendig als Hausgenosse des Herrn lebt, der Handgang aber die Form darstellt, durch die man sich der Mund eines andern unterwirft. Aber gerade darum ist der Handgang nicht nur dem Eintritt in die Gefolgschaft eigen. Anders verhält es sich mit dem Eid des ligius. Der geht auf ausnahmslosen Gehorsam gegen jedermann und stimmt in dieser allgemeinen Fassung mit dem Untertaneneid überein[2]. Daraus läßt sich von vornherein vermuten, daß sich nur der Fürst freie Leute halten konnte, die ihm solch unbedingten Gehorsam schwören, daß also nur er ligii und nur er ein Gefolge im Rechtssinn[3] hat.

In der Tat ergeben die skandinavischen Quellen unmittelbar ein Alleinrecht des Oberkönigs und der Unterkönige, der Iarle auf Gefolgschaft[4]. Es ist eine spätere Bildung, wenn im norwegischen Recht des

---

[1] Die Belege in meiner Einkleidung S. 79 N. 32.

[2] Das sagt unmittelbar Obertus ab Orto (Cons. feud. VIII § 11). Die Glosse des Carolus de Tocco (it. V.G. I, S. 452 N. 51) möchte ich jetzt auf die Gleichheit des süditalischen, jetzt allgemein gewordenen homagium mit dem Untertaneneid beziehen. — Wie sehr der Untertaneneid es ausschließt, daß man sich noch anderweitig eidlich bindet, zeigt auch Jvo v. Chartres ep. 54 (Duchesne S. IV, S. 245), wo ausdrücklich die Erlaubnis des Königs zur Ableistung des Friedenseids erforderlich ist: quia rex et princeps hanc licentiam dederunt militibus suis, ut absolutam fidelitatem iurarent paci et iustitiis pacis.

[3] Dies bekanntlich die Meinung Roths, Benefizialwesen, S. 21 f., 146, zu welcher Schröder R.G. S. 36 noch immer eine Vermittelung sucht, während sonst die Modernen (Brunner I [2] S. 187; Amira, Recht [3] S. 188) die entgegenstehende Theorie von Waitz übernommen haben.

[4] Für die zweite Hälfte des 12. Jahrhunderts in Norwegen die Sverriss. 100 (Flateyarbok II, S. 634) hann (der König) gaf honum (dem Erich) ok þar með jarls-

ausgehenden 13. Jahrhunderts auch die lendirmenn, also das, was den Baronen der südlichen Könige entspricht, ein Recht auf ein Gefolge haben[1]. Aber auch jetzt ist immerhin das Recht, eine hirð zu halten, auf die oberste Schicht der königlichen Gefolgsleute beschränkt.

Die ursprünglichsten Angaben über kontinentales Recht halten ebenfalls daran fest, daß rechtlich nicht jeder Mann Vasallen annehmen kann; aber während im Norden auch nach den jüngeren Bildungen das Recht der Gefolgenhaltung nur auf die Iarle und Barone sich beschränkt, ist im Süden auch nach den altertümlichsten Nachrichten der nachfränkischen Zeit das Recht bis zu den Vasallen der königlichen Vasallen herabgerückt; freilich deutet in der Heerschildordnung des Sachsenspiegels I 3 § 2 die Gleichstellung der Schöffenbaren mit den Mannen der königlichen Gefolgsleute (freien Herrn) und die Überordnung dieser nicht belehnten Schöffenbaren über die Mannen jener Aftervasallen noch an, daß ursprünglich die Heerschildsordnung mit den Mannen der königlichen Vasallen endete[2]. In der fränkischen Zeit aber ist nachweislich die Befugnis der Commendation von Freien anzunehmen auf die Comites beschränkt, und zwar ist das als allgemeines Recht für alle franci bezeichnet[3]; ein anderes Mal wird den fideles des Königs überhaupt die Befugnis zugesprochen, als seniores die Vollfreien anzunehmen[4].

Dabei sind zur Annahme von Vasallen eben alle Gefolgsleute des Königs, nicht nur die comites, sondern auch die ja nicht sehr zahl-

---

nafu. Eftir þat fekk Eirikr jarl ser hirð. — Für Schweden ist überaus bezeichnend Olafs. h. 78: Der mächtige lagmadr þorgnyr, der aber stets seinen Bauernstand betont, hat eine große Dienerschaft, welche an diesem Ort allerdings auch als hirð bezeichnet wird (Heimskringla II, S. 136 Z. 3). Allein in c. 80 (Heimskr. II, S. 141 Z. 2), wo es nun auf Genauigkeit ankommt, wird dieses Gefolge der auch sonst (Olafs. h. 69, Heimskr. II, S. 107) genannten hirð des Iarl als bloße sveit entgegengestellt: sat fyrir þeim hirð jarls ok huskarlasveit þorgnys (Heimskr. II, S. 141 Z. 1). — Für Dänemark erwähnt Jomsvikingas' (ed. Petersens) cr. (S. 7 Z. 24) die hirð eines jarl.

[1] Hirðskra 17, 19; dazu Maurer, Vorlesungen I, 1, S. 149, 162.

[2] Die Belege in meiner d. fr. V.G. II, S. 153 f. — Ein Beleg für die Beschränkung der Gefolgenhaltung auf die königlichen Gefolgsleute, aber auch die ersten Spuren einer Weiterbildung, so daß auch die Gefolgsleute königlicher Gefolgsleute Kommendationen entgegennehmen können, liegt in dem anfänglichen Einschreiten des Herzogs von Istrien gegen die Commendation von liberi homines an die herrschenden Istrier und dann deren Duldung im Jahr 804 (Z. Sav. St. XXIV, S. 268 ff.).

[3] Cap. 204 § 6 und 256 § 10.

[4] Cap. 204 III § 2; zu beiden d.fr. V.G. II, S. 155 f.

reichen Barone[1] (freien Herrn) ermächtigt. So steht das fränkische Recht im 9. Jahrhundert auf dem Standpunkt, auf den im 13. das norwegische Recht nachgerückt ist.

Das ursprüngliche norwegische Recht läßt, wie gesagt, eine noch ältere Stufe erkennen, die allein den ursprünglichen Sinn der Institution bewahrt hat: ursprünglich ist nur der Fürst, sei es nun der Oberkönig oder der Unterkönig, der Iarl berechtigt. — Man kann nun mit höchster Wahrscheinlichkeit die gleiche Rechtslage auch für das merovingische Reich wieder finden. Denn hier ist ja gewiß, daß damals der comes als solcher noch nicht dem königlichen Gefolge, den Antrustionen (convivae), angehörte, während die duces wohl alle als solche gefaßt werden müssen[2]. Erst in der Karolingerzeit treten Grafen und freie Herrn allgemein in die königliche Vasallität. Sind nun allein die königlichen Gefolgsleute zur Haltung eigener Gefolgschaften berechtigt, dann haben zunächst nur die Würdenträger, welche den Iarlen gleichstehen, nämlich die duces das Recht der Gefolgenhaltung gehabt. — Damit aber löst sich dann zum einen Teil das Geheimnis, das über der Entwicklung des 8. Jahrhunderts liegt. Das ist ja gewiß, daß die comites und die übrigen Barone weit zahlreicher waren, als die duces[3], wenn man auch die Zahl der letzteren nicht genau bestimmen kann; berechnet man die späteren Angaben über die französischen und deutschen principes, dann über die italienischen Vasallen des Frankenkönigs, so würde freilich für das erweiterte Gefolge ein Betrag von ungefähr 300 für das ganze Reich nicht so sehr weit von der Wahrheit sich entfernen. Jedenfalls also bedeutet die vollständige Aufnahme aller comites und freien Herren in das königliche Gefolge, daß im 8. Jahrhundert die Zahl der Herren, die unter dem König selber wieder ein Gefolge halten durften, sich sehr erheblich vermehrt hat. Dürfte man auch die Beträge, die das norwegische Recht den königlichen Gefolgsleuten zubilligt, zugrunde legen[4] — sie schwanken etwa von 20 (40) bis zu 60 —, so käme man dann immerhin auf ein Aftervasallenheer von über 6000 Köpfen, also für mittelalterliche Verhältnisse eine sehr erhebliche Macht; aber natürlich hat man gar keinen positiven Anhalt dafür, daß diese

---

[1] D. fr. V.G. II, S. 146 f.; ital. V.G. I, S. 446.

[2] Venantius Fortunatus VII, 16, v. 19, v. 42.

[3] Das beweist die Inskription zu l. Alamannorum (ed. Lehmann S. 37 duces fuerunt 33 congregati, comites vero 72).

[4] Maurer, Vorlesungen I, 1, S. 149, 162.

nordischen Zahlen gerade auch für den Süden im 8. Jahrhundert zutreffen. Ein Heer aber, das noch durchweg auf Gefolgschaft, also auf dem Recht der ligii beruht, ist dann das ganze Jahr hindurch ohne zeitliche Beschränkung zu gebrauchen, während eine solche das Heer der öffentlichen Wehrpflicht zu weiten Auslandzügen schwer verwendbar macht[1].

§ 2. Die Dienstgüter.

I.

Das Lehen, das aus den Quellen des 13. Jahrhunderts als ein einheitliches Gebilde sich erhebt, ist durch eine Verbindung einer größeren Zahl ganz verschiedenartiger Dienstgüter entstanden; die gegenwärtige Darstellung, welche ohnedies sich des zugewiesenen Raumes wegen auf eine Skizze beschränken muß, wird vermutlich die in Betracht kommenden Formen noch lange nicht erschöpfen.

Auf eine besondere Gestaltung geht zunächst das Wort feodum feofum. Der allerälteste Beleg von 817, 823 oder 832[2] erweist das feodum bereits als ein vererbliches Recht. Alle die Versuche, eine germanische Wurzel des Wortes zu erschließen, die dann in keinem germanischen Dialekt unmittelbar bezeugt wäre, sind vollständig mißlungen. Eine bestimmte Beobachtung weist nun aber auf einen andern Weg. Im Südfranzösischen, dem auch feodum (feofum) zunächst angehört, ist eine andere verbreitete Bezeichnung für Dienstgut das Wort honor[4] und in derselben Bedeutung begegnet dieses in Spanien. Nun verwendet das Alt-

[1] S. 34 N. 3; dazu auch Lie Lensprincipet i Norge S. 14 f.

[2] Der erste Beleg, den ich kenne, und der bisher noch nicht gebraucht wurde, datiert von 817 oder 823 oder 832 und ist burgundisch: Gallia christ. IV, col. 46 n. 7. Childebramnus comes — cedo quidquid in ipso vicaria Ysodro in fieffum habere et de genitore meo Dibilungo comite quondam in legitima hereditate pervenit ad me. Dann die Belege bei Waitz [2] VI, S. 131 ff.; meine it. V.G. I, S. 436 N. 17.

[3] D. fr. V.G. I, S. 167 N. 2. Der dort noch vermutete Zusammenhang mit dem deutschen Ehre berichtigt sich durch das, was im Text folgt. Freilich ganz fremd scheint wenigstens dem Gotischen auch diese Auffassung nicht: denn eine Urkunde von 976 faßt honor als die Gegengabe für Schenkung (Cardenas ensayo sobre la historia de la propriedad territorial en España I, S. 297).

[4] Especulo III, 1, 1 (Codigos españoles VI, S. 40). Der ricohombre hat vom König tierra en bienfecho e en onra. Part. IV, 25 § 1, vasallos son aquellos que reciben honor e bienfecho de los señores asi como caballeria o tierra o dineros per servicio señalado. Part. IV, 26, 2, honor dicen a aquellos maravedis que les pone (el rey) en cosas señaladas que pertenecen tan solamente al señorio del rey et dagelos el por les facer honor, asi como todas las rentas de alguna villa o

irische das mit feod sprachlich vollkommen gleichlautende Wort fiadh[1] für Ehre, und das moderne Irisch zeigt, daß dasselbe auch die Bedeutung Land hat[2]. Das stimmt nun vollständig damit, daß gerade in demselben Gebiet, in dem das Dienstgut feodum heißt, es auch als honor betrachtet wird, und so scheint mir der keltische Ursprung von feod gewiß.

Nnn sind in der Tat Spuren davon erhalten, daß keltische Kriegerverbände zusammen mit römischen in das fränkische Reich herübergenommen worden sind. Prokop, dieser unvergleichliche und so wenig beachtete Gewährsmann für germanische Verhältnisse, berichtet, daß bis in seine Zeit, also gegen die Mitte des 6. Jahrhunderts in Gallien zwei Gruppen von στρατιῶται übrig geblieben seien, nämlich Ἀρβόρυχοι, also Armorikaner, die römische Soldaten waren und dann noch andere Abteilungen von στρατιῶται Ῥωμαῖοι[3]. Nach dem damaligen Sprachgebrauch müssen diese στρατιῶται Reiter gewesen sein und das bestätigt wirklich eine etwas ältere Nachricht; denn nach der notitia dignitatum aus dem Anfang des 5. Jahrhunderts ist im traktus Armoricanus — in dem großen Gebiet, das Aquitania prima, secunda, Lugdunensis secunda,

---

castiello. — Muñoz coll. de fueros municipales S. 364, Toledo 1118, et qui ex illis obierit et equum aut loricam seu aliquas armas regis tenuerit, heriditent omnia filii sui — et remaneant cum matre sua honorati et liberi in honore patris illorum, donec valeant equitare; S. 449, Saragossa 1118, et illos infançones qui habuerunt et tenuerunt honore de seniore. S. 454, Recht von Aragon 1134, et habuerunt (infanzones) fueros et usaticos de suos honores, quod habuerunt, die nur wegen drei Verfehlungen gegen den señor verloren werden; dazu Cardenas ensayo I, S. 269 f.

[1] Belege bei Windisch. Irische Texte mit W.B., S. 546.

[2] O' Reilly-O'donovan, irisch-english dictionary s. v. Fiadh; die Bedeutung von Fiadh = Herr kommt von altirisch fiado; die dritte Bedeutung = Nahrung, Lebensmittel, Wild von altirisch fiad = Wild; die Bedeutung = Zeugnis von altirisch fiadu (cf. Windisch h. l.; Petersen, Grammatik der keltischen Sprachen II, S. 154). — Der Endkonsonant in feodum muß wegen des von Anfang an bezeigten Wechsels von d und f eine zu f herüberneigende Aspirata von d gewesen sein. Das stimmt vollkommen zur eigentümlichen Aussprache des aspirierten d im irischen (Petersen I, S. 110). — Ob in den gleichen Zusammenhang auch der walisische fuidher gehört, der allerdings ein Lehensmann ist, muß dahingestellt bleiben (darüber Skene Celtic Scotland III, S. 173 ff.); zur abschätzigen Bemerkung von Waitz VI, S. 131 war jedenfalls kein Anlaß.

[3] Procop de bellis (ed. Haury V, 12 § 13 — § 19. Auch Waitz II, 1, S. 40 N. 5 und sogar der so selbständige Fustel de Coulanges hist. des inst. politiques I[2] S. 438; l'invasion germanique S. 494 haben die Stelle nicht nach ihrem Wert ausgenützt.

tertia, quarta, also ganz Westfrankreich von den Pyrenäen bis zur Somme und in den Osten hinein bis nach Auxerre und Bourges befaßt — eine cohors nova Armoricana aufgestellt[1]. Nach Prokop sind also in diesem Bereich berittene gallische Föderaten und andere römische Korps auch bis in die fränkische Zeit herein übrig geblieben. Damit stimmt dann die l. Salica; denn auch diese unterscheidet milites römischen Ursprungs, welche einen erblichen Stand darstellen müssen, und nicht entfernt irgendetwas mit Unfreien zu tun haben[2].

Nach der erwähnten Schilderung des Prokop haben nun die beiden Truppenarten ihre militärische Gliederung beibehalten, wie das wenig später in den römischen Gebieten Mittelitaliens zu erkennen ist[3]. Wie hier der militärische Verband als Inhaber von Grundkomplexen erscheint, die aber den einzelnen Mitgliedern irgendwie als Dienstgut zugewiesen wurden und damit vielleicht das spätere byzantinische Soldatengut zusammenhängt[4], so dürfte die gleiche Entwicklung auch in Gallien gespielt haben; bei den Truppen freilich, die an der Grenze lagen, wie die in litore Saxonico garnisonierte nova cohors Armoricana, wäre auch eine unmittelbare Anknüpfung an die Dienstgüter der limitanei möglich, woran in Italien nicht gedacht werden könnte. — Daß aber diese germanische Miliz Reitermiliz war, stimmt damit zusammen, daß in dem gallischen Süden und in Spanien nicht allenfalls erst seit der Araberzeit, sondern von jeher unter der westgotischen Herrschaft und geradeso, wie mir scheint, auch bei den Burgundern[4] die Wehrleute beritten waren und diese

[1] (ed. Seeck) 37 Z. 14.

[2] l. Salica (ed. Hessels) 79 § 2 beweist, daß der miles nicht zu den Franken gehört und daß er neben den römischen ingenui (den Kurialen) und den tributarii eine Sonderstellung einnimmt. Die Erwähnung aber der militunia neben der leta und der Romana (l. Sal. 76 § 9 [72 a. E.]) beweist, daß es sich um einen erblichen Stand handelt. Schwer verständlich ist die Behauptung Brunners R.G. I, 2, S. 372 N. 24, es sei wegen l. Sal. 42, 4, extr. A, VI, 2, wo neben dem letus oder libertus der puer genannt wird, der miles der zitierten Stellen auch ein puer. Denn in l. Sal. 76, §§ 10, 11 wird die vornehme unfreie Dienerin als ancilla nach der militunia erwähnt und in l. Sal. 79 § 1 erscheint der puer regis und dann wäre auch in l. Sal. 79 § 2 wieder von puer gesprochen worden, wäre der miles ein solcher gewesen.

[3] It. V.G. I, S. 386 N. 3, N. 7, S. 402.

[4] It. V.G. I, S. 402 f. und 384 f.

[5] Isidorus recapitulatio in laudem Gothorum (Auct. antiquiss. XI, S. 22); so schon Lemke, Spanische Geschichte I. S. 186 f. — Für die Burgunder Procop de bellis VI, 12 § 38 f.; er betrachtet anscheinend die einfallenden Burgunder als militärisch

Ausrüstung auch später in Aquitanien festgehalten wird[1]. Gegen das Ergebnis kann aus dem Zug des fränkischen Theodebert[2] in Italien, der ganz offensichtlich mit den Truppen der östlichen fränkischen Gebiete ausgeführt wurde, nicht der leiseste Einwand abgeleitet werden. — Diese Reiter hat man wieder in ihrer Masse als gepanzert anzusehen. Im 4. Jahrhundert werden die römischen Reiter, welche gegen die Germanen zur Verwendung kommen, wenigstens weithin als clibanarii gefaßt, also als solche, die sogar einen Panzer aus Metallplatten tragen; mindestens auf eine allgemeine Panzerung aber, wenn auch vielleicht nur mit dem leichten Lederkoller, deutet, wenn bei den Westgoten des 7. Jahrhunderts sogar ein Teil der mitgeführten servi mit zabis vel lorica ausgestattet sein soll[3].

Für Verbände, welche nach den bisherigen jedenfalls zum Teil aus keltischen Föderaten bestanden, kann für das Dienstgut genau so das keltische Wort fiadh übrig geblieben sein, wie Vasall und Ambaht aus dem keltischen Bereich kommt. Damit soll aber die Anwendung von feodum nicht auf diese Verhältnisse beschränkt werden. Denn wir wissen ja, daß im keltischen Staat die clientes, ambacti, soldurii eines Gefolgsherrn eine große Rolle spielten[4], und es ist anzunehmen, daß unter der römischen Herrschaft, die auch anderwärts die gleichen Formen zugelassen hat[5], derlei nicht ausgestorben ist.

Die älteste Nachricht[6] über feodum von 817 betrachtet dasselbe bereits als erbliches Recht. Andererseits erscheint in einer fränkischen Angabe, die nach der Herkunft der Texte für den romanischen Süden berechnet sein wird, im Widerspruch zum deutschen und nordfranzösischen Lehenrecht, das freies Aufsagen des Mannes und keinen Zwang der

---

nicht anders ausgerüstet wie die berittenen Römer, während er ja bei den Franken (VI, 25 § 2) die Differenz bemerkt. Auch Gregor Turon. h. Fr. IV, 42 (S. 176 Z. 4 deutet bald nachher auf eine Bewaffnung der Burgunder mit einer lorica, also auf Panzerreiter.

[1] Brunner, Forschungen, S. 55.

[2] Procop VI, 25 § 2.

[3] Ammianus XVI, 12, 22; L. Visigoth, XI, 2, 9; für die Burgunder S. 46 N. 3. Dazu it. V.G. I, S. 369 f.

[4] Fustel de Coulanges la Gaule romaine, S. 35 ff.; origines du sistème féodal, S. 27, 194 ff.

[5] Fustel origines, S. 238.

[6] S. 40 N. 1.

Lehenserneuerung setzt, der Vasall dauernd an den Herrn gebunden[1], genau so wie später der ligius von Toulouse dauernd und erblich zum Herrn gehört[2] und auch im Burgundischen die commendatio die gleiche Wirkung gehabt zu haben scheint[3]. Das italienische Recht aber läßt wenigstens vermuten, daß dem von Gallien importierten feodum ein dauernder persönlicher Verband entspricht[4]. Alles zusammen legt nahe, in der Vasallität zunächst eine dem erblichen feodum entsprechende erbliche Bindung von Panzerreitern zu sehen.

II.

1. Eine zweite Gruppe von Dienstgütern ergibt sich aus der Einquartierung der Goten, vielleicht auch der Burgunder, also germanischer Reiter. Die Formen, so wichtig sie sind, haben sich bisher der Beachtung vollkommen entzogen; hier können sie nur in den Grundzügen dargestellt werden.

Die gotische Kriegerklasse, die bis zu Ende des 11. Jahrhunderts in dem Wort leodemonii die auch bei Franken und Burgundern einst gebräuchliche Bezeichnung des herrschenden Volks mit leodes festhielt[5] und in der Abgrenzung der hijosdalgo (infanzones) von den Gemeinfreien das germanische Adelsrecht ganz rein bewahrte[6], lebte noch nach der Verfassung des 13. und 14. Jahrhunderts vollkommen geschieden von der übrigen Bevölkerung. Nur vor dem König oder dem merino major, also dem Stellvertreter des Königs für die großen Provinzen, können gegen hijosdalgo Kriminalklagen oder Immobiliarklagen erhoben werden[7]; die sonstigen Staatsangehörigen sind den civitates (concilia) untergeben, welche ihrerseits, was hier nicht weiter zu verfolgen ist, die römische Munizipalverfassung mit duumviri oder quatuorviri ganz allgemein unverändert bewahrt haben. Deshalb muß auch der hidalgo formell in den Stand der vecinos treten, wenn er unter die Gewalt des concilium kommen soll[8].

[1] Cap. 104, 8 (Brunner R.G. II, S. 273 N. 93).
[2] Cout. de Toulouse 155a (d. fr. V.G. II, S. 22).
[3] D. fr. V.G. II, S. 34 N. 27.
[4] It. V.G. I, S. 431.
[5] España sagr. XXII, S. 247, 1071, crescentibus peccatis leodemoniorum (= Goten).
[6] Meine Bemerkungen in Z. Sav. St. XXXIV, S. 420.
[7] Especulo IV, 3, 4; 3, 13. Fuero viejo I, 5, 5 (S. 21 bei Asso); IV, 4, 4.
[8] So die berühmte Stelle in fuero viejo I, 5, 16 und dazu meine Bemerkung in Z. Sav. St. G.A. XXXIV, S. 420 f. Ich füge hinzu, daß meine dortige (gegen

Die Gebiete der civitates haben nur noch im 13. und beginnenden 14. Jahrhundert ganz allgemein den Charakter der behetria (in den ältesten Nachrichten der benefactoria) und nur das solariego des Königs und der Privaten, d. h. die mit privatrechtlich abhängigen Leuten besetzte Domäne (Grundherrschaft) steht der behetria entgegen; deshalb sind die Bewohner der behetria verfügungsberechtigte Eigentümer [1].

Nun haben aber nach den fuero viejo und dem ordeniamento de Alcala aus dem 13. und 14. Jahrhundert, die aber soweit auf den fuero

---

v. Amira, Der Stab, S. 145) gerichtete Auslegung vollständig durch die Variante zu der Stelle bestätigt worden ist, welche sich bei Villadiego forus antiquus Gothorum 1600 prol. l. 8 n. 61 (f. 28 B. 2) findet und mir erst nachträglich zugänglich wurde; hier heißt es für den Austritt ganz unmißverständlich: los omes buenos del conceio tomen ende en las manos tres varas de avellano y passe (der Austretende) tres vegadas par baxo de las; also der Austretende geht unter den Ruten (statt agujada) durch. Für den Rücktritt sagt die Form bei Asso (fuero viejo I, 5, 16), daß der Zurücktretende die agujada über sich hebt (trocier = schwinge, niemals trete) sobre (adverbial) el agujada (der normale Akkusativ fem. regiert von traer); in der Textform bei Villadiego steht hier allerdings passe encima dellas; die eine oder andere Lesung muß falsch sein. Liest man bei Villadiego, dementsprechend, daß vor Fürwörtern der Akkusativ mit a ausgedrückt wird (Wiggers, Spanische Grammatik, S. 252) a ellas für dellas, was eine paläographische so naheliegende Verlesung bedingt, so stimmt das zur andern Nachricht und dann wird auch hier von einem Erheben (das kann passar mit Akkusativ heißen) des Symbols geredet.

[1] Fuero viejo IV, 1, 7. dem hidalgo steht gegenüber der labrador de la behetria o solarigo; I,6,3. die viella kann entweder sein behetria oder solariego. Ordenamiento de Alcala XXXII, 2 el sennor de la behetria o del solariego. — Das solariego kann realengo oder abadengo sein oder einem hidalgo gehören (Fuero viejo I, 7, 4 en ningund solariego, que sea realengo, o abadengo o de otro fijodalgo). — Der solariego ist nun derjenige, der auf fremdem Grund und Boden sitzt (Part. IV, 25, 3 solariego tanto quiere decir como home, que es poblado en suelo de otri) und untersteht wie ein Unfreier der persönlichen Gewalt des Herrn (fuero viejo I, 7, 1 a todo solariego puede el señor tomar quanto mueble le fallare e entrar en suo solar, mas nol deve prender el cuerpo nui faceile otro mal). — Dagegen kann der in einer behetria (bienfactoria) wohnende beliebig seinen Besitz veräußern: so schon conc. Legionense c. 13 (Muñoz coleccion, S. 64) von 1020 c. 13 praecipimus, ut qui homo est de benefactorio, cum omnibus bonis et haereditatibus suis eat liber quocunque voluerit; darum kann später der labrador de de behetria sich ohne weiteres verbürgen (Fuero viejo IV, 6, 4), während der labrador de solariego die Genehmigung des Herrn braucht. Deshalb wird 1076 davon gesprochen, daß zwar villae, welche der Bischof freiläßt (ingenuavi) stent cum ovetensi Episcopo non iure servili, sed benefatiat illis (Muñoz coleccion S. 141 N. 43 a. E.).

de Najera aus der Mitte des 12. Jahrhunderts zurückgehen [1], dann nach andern Belegen des 13. und 14. Jahrhunderts an diesen civitates die hidalgos ein Recht auf Naturralleistung. Im 14. Jahrhundert erscheint das in der Art gespalten, daß entweder das conceio sich einen solchen Bezugsberechtigten frei wählen kann und das wird als behetria de mar a mar gefaßt (weil sich das conceio den Herrn beliebig bestimmen darf) oder es ist das conceio erblich an Herren gebunden [2]. Der Gegensatz ist schon im 13. Jahrhundert bezeugt und hier heißt dann die zweite Gruppe insbesondere devisa [3]. Jedenfalls im letzten Fall kommen mehrere hijosdalgo als diviseros in Betracht und zwar so, daß alle in der behetria wohnenden hijosdalgo auch diviseros [4] sind. Eine Nachricht des 11. Jahrhunderts beweist in der Tat für Altkastilien, daß allen infanzones (= hijosdalgo) solche divisae zustehen [5]. Auf Grund seines Rechtes bekommt der divisero nun eine Naturalabgabe, die auch auf Seite des Pflichtigen infurcion, auf Seite des Verpflegsberechtigten conducho heißt, weil er sie — dreimal im Jahr — holt [6]. Andermals aber wird ganz allgemein gesagt, daß der labrador ein Drittel oder ein Viertel des Ertrags an den Herrn abgibt [7].

Das Recht, welches der einzelne divisero hat, ist demselben nur geliehen; zunächst steht der einzelne divisero unter einem Oberen am Ort, der als primer divisero bezeichnet wird [8]; ein andermal aber verleiht der König benefacturias (behetria) an einem Tal oder gibt das Recht an der behetria durch encomienda [9]. Vasall des Königs ist aber der

---

[1] Marina ensayo sobre la legislacion, S. 131.

[2] So Pedro Lopez de Ayala cronica del rey Pedro II c. 14 (ed. 1779 S. 51); dazu Muñoz collecc. S. 142 f., Cardenas a. a. O. I, S. 227 f.

[3] Part. IV, 25, 3; dazu auch fuero viejo I, 8, 13.

[4] Das folgt aus Fuero viejo I, 8. 7; Ord. de Alcala XXXII, 19.

[5] España sagr. XXVI, S. 453 § 5 1068 concedo etiam, ut ubicumque habuerites divisas in omni Aucensi episcopatu habeatis eas cum ipsa eadem consuetudine, qualem habent maiores sive infanzones mei regni; Muñoz S. 295 fuero de Nagera von 1076 omnis inffancion qui sit diviserus de Nagara, nisi qui fuerit conductor, non debet quintam (den Beuteanteil).

[6] Fuero viejo I, 8, 1; I, 8, 10 infurcion Alcala XXXII, 25. Daß conducho die ganze Abgabe, zeigt fuero viejo I, 8, 1 Alcala XXXII, 30; hier auch das dreimalige Holen, also XXXII, 33.

[7] Fuero viejo IV, 3, 8.

[8] Fuero viejo I, 1, 2.

[9] España sagr. XVI, S. 494, 1255 Concedo — benefacturias de valle Cavata. — Ord. de Alcala XXXII, 16 Recht an behetria durch encomienda des Königs. — Dazu

Reiter noch nicht notwendig[1]. So wird denn in der Tat schon 974 von einem benefacere des senior, der nicht König ist, gesprochen[2]. Nicht das Verhältnis des Einwohners der civitas zum infanzo (higodalgo) ist sonach die benefactoria, sondern das Verhältnis des infanzo zu dem Oberherrn, der ihm seine Stellung zur civitas gegeben hat. — Die ganze Institution bezieht sich auf Asturien und Altkastilien, namentlich das nördliche Altkastilien, also die Gebiete, die den Mauren überhaupt nicht oder nur ganz vorübergehend anheimgefallen waren[3].

Den Abschluß geben Quellen, die schon um die Wende des 10. und 11. Jahrhunderts entspringen. Danach[4] hat der iunior, der zu den nobiles und homines der behetria einesteils, zu den servi andernteils in Gegensatz steht, andermal wieder als miles auftritt und durch den Besitz eines Pferdes ausgezeichnet ist und so eben mit dem infanzo der andern Nachrichten zusammentrifft, von seinem Ansitz aus ein Recht auf populatio in tertiam villam oder auf ein mutare (»Hinüberwechseln«) in tertiam mandationem, was dem nobilis oder sonstigen homo de behetria nicht zusteht; damit kann dem Zusammenhang nach nur der conducho der späteren Quelle gemeint sein und dieser erfaßt denn nach diesen Belegen die tertia villa oder was dem gleich, tertia mandatio, gibt also ein Recht auf ein Drittel des Ertrags der villa. Wenn dann später, wie

---

Part. IV, 25, 3, a. E. behetria non se puede facer nuevamiente sin otorgiamento del rey.

[1] Ord. de Alcala XXXII, 33.

[2] Muñoz S. 38, Caballero — non vadat iu fonsado, nisi — habeant seniorem, qui benefecerit illos.

[3] Fuero viejo I, 8, 14; das erkennt auch Cardenas a. a. O. I, 228.

[4] Es kommt das concilium Legionense (L.) von 1020 (Muñoz S. 60 f.) und der fuero von Villavicencio (Muñoz S. 171 f.), der öfters mit der ersten Quelle übereinstimmt (V.), in Betracht, während der ehestens dem 13. Jahrhundert angehörende romanische Text (Muñoz S. 35 f.) der ersteren Urkunde die schwierige Vorlage nicht mehr recht verstanden hat. L. 9 unterscheidet den maior vom nobilis sive aliquis de benefactoria; nach L. 11 ist der iunior Reiter, der nach L. 7 und L. 11 wegen seiner Freizügigkeit frei sein muß. In L. 20 ist von zuziehenden iuniores, cuparii, alvendarii die Rede; im parallelen V. aber werden (z. A.) neben alvendarii und cuparii noch milites foras habitantes erwähnt, so daß iunior so viel wie miles sein muß. Daß mandatio = villa = der Bezirk eines maiorinus, also einer civitas ist, zeigt L. 9—11. L. 9 geht nun davon aus, daß der junior von einer hereditas immer nur die Hälfte des Grundes und dazu auch wohl das Haus verkaufen darf, gleichgültig, ob der Käufer ein nobilis sive aliquis de benefactoria, oder ein anderer junior ist; denn daß auch im letzteren Fall das Verbot gilt, beweist das nur so verständliche

schon erwähnt[1], der labrador allgemein ein Drittel oder ein Viertel des Ertrags abgibt, so muß eben auch in Spanien die tertia des Soldaten der Anlaß dazu gewesen sein, daß zur Ausgleichung für die tertia an die milites der Grundherren nun auch von dem ihm übrigbleibenden Grundfelde eine volle tertia des Ertrags zur Ausgleichung erhebt.

Nimmt man alles zusammen, so kann es sich nur um eine auf ein Drittel des Jahresertrags der Grundstücke einer civitas sich belaufende Verpflegsabgabe der Goten handeln. Es trifft das damit überein, daß auch in Katalonien und im südlichen Frankreich als eine öffentliche Abgabe die von einem Drittel des Jahresertrags — oder beim Tod des Bauern die von einem Drittel der Mobilien, die ja stets als Ertrag betrachtet werden — bezeugt ist, bald in der Hand der Beamten, bald in der Hand der milites. Gerade so treten die tertiae in Italien auf und ihre Fortdauer im Neapolitanischen wie im Mailändischen[2] ist nicht merkwürdiger als im Spanischen. Es hat eben im ganzen romanischen Süden das Quartierrecht der römischen Soldaten die Grundlage für die Ansiedelung auch der germanischen Völker gebildet und ist die Grundlage geblieben. Erst die spanischen Nachrichten lassen in die Technik unmittelbar hineinsehen. Dabei mag der Fall, daß das conceio den divisero wählen kann, auf die spätromanische Form der tuitio zurückgehen[3], während im anderen Fall die durch die Obrigkeit erfolgte Einquartierung die Grundlage bildet.

Für den weiteren Verlauf dieser Untersuchung ist nun aber entscheidend, daß bis in das 10. Jahrhundert zurück die Verweisung des einzelnen auf die Verpflegung durch die civitas als ein benefacere seitens des Herrn oder Königs gefaßt wird. Daß der Ausdruck benefactoria schon am Anfang des 11. Jahrhunderts die allgemeine technische Bezeichnung

et habeat medietatem praefatae hereditatis excepto solare et horto. Aber die Folge des Erwerbs ist verschieden. Hat einer, der kein junior ist, erworben, so non faciat populationem usque in tertiam villam. Dagegen der junior hat das Recht, daß er se mutet in villam ingenuam in tertiam mandationen. Nimmt man die späteren Nachrichten über behetria hinzu, so kann das se mutare oder populari nur auf den conducho der späteren Quellen, also den dreimaligen Besuch, um die Abgaben zu holen, gehen. Der Besuch aber geht in tertiam villam oder in tertiam mandationem, d. h. führt zur Dritteilung der civitas.

[1] S. 50 N. 7.

[2] Die Belege in d. fr. V.G. I, S. 53; erst durch die mir damals unbekannten spanischen Nachrichten gewinnen sie ihr volles Gewicht. — it. V.G. I, S. 40 f.

[3] Mommsen, Gesammelte Schriften VI, S. 472.

für das Verhältnis ist, führt zum Schluß, daß er schon lange vorher zur festen Rechtsbedeutung gekommen sein muß. Dann aber gewinnt man für den romanischen Süden eine Bedeutung von beneficium, auf die man bisher nicht aufmerksam wurde und die doch von höchster Wichtigkeit ist. Wie schon im 6. Jahrhundert beneficium auch in der griechischen Welt einfach der Beamtengehalt ist[1], und die gleichbedeutenden Ausdrücke φιλοτιμία und εὐεργεσία im byzantinischen unmittelbar auch die Verpflegung des Soldaten[2], das sachlich gleichbedeutende χάρις schon zu Anfang des 7. Jahrhunderts den Gehalt des Klerikers bedeutet[3], so ist eben auch im Westen beneficium so viel wie Gehalt, Unterhalt. Nicht irgendeine bestimmte privatrechtliche Stellung, etwa den usus fructus, bezeichnet das Wort beneficium, sondern geht lediglich auf die Verpflegung, welche durch die verschiedensten Rechtsmittel möglich ist, natürlich auch durch Gewährung eines usus fructus[4]. Freilich hebt auf der einen Seite das beneficium, bei dem eben irgendein Pachtzins nicht zu leisten ist, sich von Pachtverhältnissen gewöhnlich ab, steht aber gerade deshalb zu precaria, wo der Zins oft sehr unbedeutend sein kann, in keinem so scharfen Gegensatz[5], wiewohl ein solcher doch hier sehr häufig begegnet. Auf der anderen Seite steckt im beneficium als dem Naturalgehalt auch der Gedanke einer bloß lebenslänglichen Ausstattung. Bei der spanischen benefactoria ist das freilich einer Erblichkeit gewichen. Im französischen Recht aber ist noch spät beneficium gerade nur das lebenslängliche Recht, wie das ja für die fränkische Zeit hervortritt[6]; denn hier tritt das beneficium dem anscheinend erblichen feodum gegenüber[7].

---

[1] Ed. Just IV, c. 1.

[2] It. V.G. I, S. 385 n. 95.

[3] Zachariae nov. const. coll. I, 23 pr (619).

[4] Roths Ausführungen in Feudalität und Untertanenverband, S. 177 f., erweisen sich deshalb als gegenstandslos.

[5] Der Gegensatz zwischen beneficium und Zinsleihen ist in den fränkischen Quellen allgemein (Roth, Feudalität. S. 139 f., 177). Daß aber precaria und beneficium nicht scharf voneinander sich abhebt, hat Waitz IV, S. 179 f. n. 2 bewiesen.

[6] Das folgt für die fränkische Zeit allerdings aus Roth, Feudalität, S. 181 f.

[7] Im späteren französischen Recht dient bienfait zur Bezeichnung der nur lebenslänglichen und unvererblichen Ausstattung des Paragisten : Et S. Louis ed. Viollet I, 26 und dazu die Stellen bei Viollet III, S. 285; Glosse d'Anjou 18 (Beautemps-Beaupré-Coutumes de l'Anjou et du Maine I, S. 205).

2. Vielleicht steht mit dem bisherigen die vielbesprochene divisio des fränkischen Kirchenguts im Zusammenhang, die man gewöhnlich aus ganz anderen Gesichtspunkten zu erklären pflegt; über bloße Möglichkeiten läßt freilich die Dürftigkeit der Nachrichten nicht hinauskommen. Aber sie sollen hier doch als solche bloße Möglichkeiten vorgelegt werden.

Im römischen Recht sind die Kleriker von der Quartierlast frei und es scheint das auch noch im ostgothischen zu gelten[1]. Im spanischen Recht aber begegnet nirgends eine Befreiung der Kirchen von der durch die civitas umzulegenden Last. Wenn nun bereits Chlotar I. von den Kirchen ein Drittel ihres Ertrags fordert, nicht allenfalls das Gut selber wegnimmt[2], so könnte das lediglich eine Generalisierung dessen gewesen sein, was der König im Süden des Reiches vorfand. Zur Herrschaft scheint die Sache im Norden freilich nicht gelangt zu sein. Wie dann aber in der letzten Zeit der Merowinger und in den Anfängen der Karolinger die südliche Taktik — das Panzerreiterheer — in den Norden kam, so ist damals vielleicht auch die südgallische Form des Kriegerunterhalts wieder aufgenommen worden. Denn die Nachrichten über die Säkularisation betreffen doch überwiegend den Norden[3] und die Bezeichnung dividere per laicos[4] könnte, wenn man die Terminologie des Südens heranzieht, sehr leicht auch nur auf Zuweisung eines Ertragsanteils zu beziehen sein. Wenn dann unter päpstlicher Einwirkung den fränkischen Kriegern Kirchengut gegen eine sehr erhebliche Abgabe[5] als precaria zugewiesen wird, so hätte man damit auf eine Ablösung durch einen Vertrag zurückgegriffen durch eine Art Verpachtung an die Soldaten. Man hätte dabei statt des eigentlichen Pachtvertrags die ehrenvollere Form gewählt, die das spätrömische Recht für den Fall ausgebildet hat, daß Staatsgut oder Kirchengut gegen

[1] C. Th. XVI, 2, 8; Cassiodor II, 17 geht anscheinend davon aus, daß der Priester — hier auch der arianische — an den tertiae, die sonst gerade wie bei den Spaniern auf der civitas liegen, nicht mitzahlen muß.

[2] Gregor. Turon. IV, 2 (Brunner R.G. II, S. 246 n. 11).

[3] Roth, Feudalität und Untertanenverband, S. 82 f.

[4] Roth, Beneficialwesen, S. 337 n. 95.

[5] Ein solidus von der casata, d. h. von den Anwesen eines colonus (die Stellen bei Waitz III, S. 38 N. 7) bedeutet im Vergleich mit den staatlichen Abgaben, einen sehr erheblichen Pachtzins; und ebenso machen die nonae, also ungefähr das Saatgut, so viel aus, als sonst gewöhnlich in germanischen der Pächter zu leisten hat. Ganz außerordentlich hoch ist der Betrag, wenn cap. 297 c. 7 (S. 433 Z. 19) beides zusammen gefordert wird.

eine Abgabe an vornehme Herrn gegeben wird; weil sie aus Standesrücksichten als conductores nicht auftreten dürfen, so setzt man dafür die bloße administrative, kontraktliche Einräumung, die deshalb zivilrechtlich als precarium oder, was ganz gleich ist, als precaria zu fassen ist [1].

Die Abgaben sind nun aber tatsächlich nicht gezahlt worden; denn in den nachfolgenden Quellen, die gerade solche kirchliche Rechte sehr häufig erwähnen müßten, kommen sie ganz selten vor, und so wirkt der ganze Vorgang für die Kirche wirklich als Säkularisation — Roth hat da im Ergebnis ganz richtig gesehen. Aber freies Eigentum sind die Güter nicht geworden. Denn die Krieger erscheinen nun als solche, welche den Besitz per beneficium oder per verbum regis tenent [2]. — Eine solche Ausstattung der Krieger aus Kirchengut war sehr verbreitet. Sie wird nicht allenfalls nur an die unmittelbaren Vasallen des Königs gemacht; im Norden bedarf sie beim Mannsfall einer Neuverleihung durch den König [3].

III.

1. Sind die Vorgänge bei der fränkischen divisio des Kirchenguts richtig erfaßt, so bilden sie in ihrer schließlichen Bedeutung nur einen Anwendungsfall der allgemeinen Erscheinung, daß der Krieger vom Herrn Gaben empfängt.

Zu solchen Gaben rechnet aber vor allem die Ausrüstung mit dem Pferd, das in der frühesten germanischen Wirtschaft offenbar etwas Rares und Herrenmäßiges gewesen ist, und mit den Waffen. Diese Form begegnet einmal für die Mitte des 12. Jahrhunderts in Holstein;

---

[1] Das Genauere it. V.G. I, S. 192 ff. — Bemerkt mag sein, daß auch im anglonormannischen Recht das Leibrecht oder Recht auf mehrere Leiber stets als liberum tenementum galt (für hier genügt Pollock-Maitland hist. II, S. 7) — eben wohl eine aus Frankreich herübergenommene Auffassung.

[2] Die Belege bei Brunner II, S. 249 N. 26; dazu folgende N.

[3] Für beides ein vortrefflicher Beleg bei Miräus dipl. I, S. 247, 831, quia — coniux nostra Iudith suggesserit serenitati nostrae pro quodam homine suo, nomine Hildefrido, ut ei per nostrae auctoritatis conscriptionem — illud, quod pater suus nomine Luitfredus ex rebus monasterii, quod dicitur Rodenacis per concessionem et mansuetudinem largitionem diu habuit — ejus quoque suggestioni libenter annuimus et hanc nostrae auctoritatis conscriptionem fieri eidemque Hildefrido-dare decrevimus, per quam omnibus rectoribus ejusdem ecclesie — praecipimus, ut nullus eorum licentiam habeat, memoratum beneficium ad eodem Hildefrido auferre — ita ut ad missam S. Martin. per singulos annos partibus memorati monasterii de argento solidum unum persolvat.

hier wird Pferd, Schild und Gewand eines leichten Reiters gegen ein hominium allen gewährt, die sich dem Dithmarschen Führer Etheler anschließen[1].

Aber genau das gleiche gilt auch bei den anderen Germanen, die ebenfalls von Nordalbingien ausgegangen sind, den Angelsachsen[2]. Nach den Nachrichten der normannischen Zeit, die aber zum Teil bis in die angelsächsische Zeit hinübergreifen, wird ein relevium von 100 sol. bei dem Inhaber eines feudum militis, dem Besitzer des sehr großen Besitzes von 5 Hiden erhoben, dagegen eines von 40 sol. von den þegnas (sokemani), welche kein feudum militis haben, also auch nicht schwergepanzert ausziehen. Dabei ist dann der Betrag von 40 sol. das genaue Äquivalent für ein Pferd und für die ebenso wertvolle Ausrüstung eines ungepanzerten Reiters; der Betrag von 100 sol. aber erklärt sich dann daraus, daß ja der Panzerreiter nach allgemeiner Auffassung 3 Pferde und eine Brünne neben der sonstigen Ausrüstung braucht[3].

Den gleichen Ansatz von 40 sol. fränkisch oder Pferde und Waffen enthält nun aber das Rechtsbuch des Königs Knut für die medemra þegnas oder laesse mage für das übrige England, und hier ist deutlich,

---

[1] Helmold chron. Slav. I, 67; dazu Danmarks riges historie I, S. 571.

[2] In der d. fr. V.G, II, S. 166 habe ich mich noch durch das späte und lückenhafte l. Willelme 20 bestimmen lassen und bin dadurch zu nicht ganz richtigen Ergebnissen gekommen.

[3] Dial. de scacc. II, 24; Glanvilla IX, 4 § 4; magna charta § 2 (Stubbs [5] sel. chart. S. 297, Bracton I, S. 666 § 2) haben durchweg für das feudum militis 100 sol. In letzterer Quelle wird für die Todfallsabgabe des miles der Ausdruck relevium, für die des Nichtritterlichen hergeat angewendet: Bracton I, S. 666 § 1 und öfters; dazu Brunner in Festschrift für v. Martitz S. 28. — 40 sol. aber zahlt nach dem Domesdayb. der gewöhnliche tainus (DD. I, S. 269, B. 2); andermal dagegen leistet der mit dem Pferd ausziehende das Pferd und die Waffen (DD. I, S. 179 A. 1. Sp.); ein andermal ist das gleiche für den tainus gesagt (DD. I, S. 56 B. 1. Sp.); da nun aber das Pferd damals 20 sol. fränkisch wert ist (l. Willelme 9 § 1; l. Henrici 76. 7 f.), und da die Waffen des leichten Reiters ohne Brünne (= ein Pferd) zusammen nach den auch sonst sehr stabilen Ansätzen der lex Ribuariorum, deren Analogie im gleichen Zusammenhang bereits von Chadwik the origine of the english nation S. 161 verwendet wurde, in t. 36, 11 (spata absque scogilo = 3 sol.; helmus 6 sol.; scutum cum lantea 2 sol.) ungefähr so viel wie das Pferd (12 sol.) wert sind. so ergibt sich damit eine Leistung im Werte von 40 sol. Bei 3 Pferden, die der Kontinent für den Ritter erfordert, jedes im Wert von je 20 sol., der Brünne zum gleichen Wert, und den übrigen Waffen zusammen zum selben Ansatz ergibt sich gerade der Betrag von 100 sol.

daß diese eben keine Brünnen tragen; im westsächsischen Recht beträgt der Ansatz 50 sol.[1]. Ungefähr das fünffache ist nun die Heergewäte der þegnas, die dem König nyhste (furder cydde) sind, und die eine Brünne haben[2]; es stimmt das ganz genau damit, daß der gewöhnliche þegn Inhaber einer Hide, der Panzerreiter der Inhaber von 5 Hiden ist. Jeder, auch der nichtadelige 5 Hidenbesitzer hat eine sundernote on cynges healle[3], d. h. der spätere angelsächsische Gesetzgeber hat die Besitzer von 5 Hiden an seinen Hof gezogen und ihnen Panzerreiterdienste auferlegt. In der normannischen Zeit ist dann aber das relevium des miles auf 100 sol. herabgesetzt; bereits in der angelsächsischen Zeit ist ein Übergang im dänischen Gebiet bei dem cinges þegn zu erkennen, welcher his socne haebbe, aber noch nicht dem König furder cydde ist; er leistet 4 ℔, also noch viel weniger als der spätere miles[4]. — Die letzte Stelle beweist ferner, daß auch þegnas, die keine Inhaber von 5 Hiden sind und so nicht zum königlichen Hof (hired) gehören, doch vom König abhängig sind, ihm das hergeat zahlen. Geradeso ergibt der Zusammenhang in den Gesetzen des Knut, daß die medemra þegnas, oder se, de laesse mage si, dem König die Abgabe leisten und in der Tat kommt auch sonst zum Schluß der angelsächsischen Zeit eine breite Schicht von Personen zutage,

---

[1] Cnut II, 11 § 2; 71 § 5; der westsächsische Halsfang beträgt 50 sol. fränkisch; also auch dieser Betrag trifft mit dem späteren annähernd zusammen.

[2] Ich lege wieder die Relationen der l. Ribuariorum zugrunde, gehe aber von dem in England für die Wende des 11. und 12. Jahrhunderts bezeugten Wert des Pferds mit 20 sol. fränkisch aus. Dann sind:

4 Pferde	80	sol.,
2 Schwerter (= 7/12 Pferd)	23 1/3	„
4 Speere und Schilder (= 1/6 Pferd)	13 2/3	„
1 Helm (= 1/2 Pferd)	10	„
1 Brünne (= Pferd)	20	„
50 Mancus	125	„
	272	sol.

Im dänischen Gebiet ergibt sich eine Heergewäte von etwa 180 sol. und das stimmt dann mit dem Ansatz der in D.D. I, S. 280 B. 1 Sp.; ich glaube jetzt nicht mehr wie in Z. Sav. XXXII, S. 186 N., daß hier ein anderer Begriff des Pfundes zugrunde liegt. Die Komplexe unter und über 6 Hiden werden genau so wie in Cnut II, 71 behandelt, wo auch jeder Besitz von unter 5 Hiden (maneria) mit der hergeat eines Einhidenbesitzers durchkommt.

[3] Geþyncðo § 2 (Liebermann S. 456; hierzu Z. Sav. St. XXXII f.

[4] Cnut II. 71, 3; Z. Sav. S. XXXII, S. 134 habe ich den Unterschied dieser von den Fünfhidenmännern noch nicht erkannt.

welche dem König hergeat zu leisten haben [1]. — So ergibt sich neben dem Todesfallsrecht, das der angelsächsisch-englische Grundherr gegen seine Hintersassen hat und das hier nicht weiter in Frage kommt, ein Recht des Königs gegen alle þegnas auf Rückgabe des Pferds und der Waffen. Unter den þegnas sind nur diejenigen, welche eine Brünne tragen und 5 Hiden besitzen, Angehörige des königlichen Hofes; sie müssen aber dann doch viel zahlreicher gewesen sein als die wenigen Gefolgsleute der fränkischen Könige und ihrer Nachfolger. Dem entsprechen die ungefähr 1400 tenentes in capite nach dem Domesdaybuch [2]; in der noch größeren Thingmannalid des Königs Knut stecken dann freilich auch noch ganz andere Elemente, nämlich die in festen Garnisonen wohnenden Söldner, die als Gefolgsleute im eigentlichen Sinne gefaßt werden müssen. Gehört so in der letzten angelsächsischen Zeit lediglich der Panzerreiter, der Fünfhidenmann zur königlichen Umgebung, so muß in der älteren Zeit, wo der Panzer noch keine Rolle spielte, jeder Reiter oder þegn als gesid des Königs betrachtet worden sein; aber wie das ja bei allen Germanen viel kleinere tatsächlich am Hof lebende Gefolge nicht alle die Fünfhidenmänner aufgenommen haben kann, so noch weniger die Reiter überhaupt, die sich eine sehr frühe Quelle in der Zahl von 2000 um den König vorstellt und als Inhaber von Ethel denkt [3]. Es ist eben das Wort gesid, das an sich auf jeden Kriegsgefährten gehen kann, bei den Angelsachsen nicht auf den engsten Kreis der eigentlichen Gefolgsleute, sondern auf alle Genossen angewendet worden, die vom König mit Pferden ausgestattet sind und im Krieg ihn umgeben.

Nicht mehr gerade die Verleihung des Pferds durch den König, wohl aber durch den Lehensherrn setzt dann später das allgemeine niedersächsische Lehensrecht voraus [4]. Ergibt daneben anderes, daß der Schöffenbare, soweit er überhaupt als Reiter dient, unmittelbar vom König abhängig gedacht wird [5], so hat man hier wenigstens für die Schöffenbare das gleiche Bild wie in England.

Was in den niederdeutschen Quellen auf Umwegen erschlossen werden muß, ergibt in voller Klarheit das westgotisch-spanische Recht.

---

[1] Domesday II, S. 119 ob.
[2] Ellis Introduction and indexes to Domesday II. S. 511.
[3] Z. Sav. St. XXXII, S. 134 f.
[4] S.sp. Lnr 4 § 5 (vetus auctor I, 17); d. fr. V.G. II, S. 163.
[5] unten S. 63.

Noch das beginnende 12. Jahrhundert nimmt an, daß der König die Ritter mit Pferden und hier auch mit Panzern versorgt[1] und dem entsprechend begegnet um die Wende des 10. und 11. Jahrhunderts allgemein der Satz, daß, wenn ein cavallero nicht im Kampfe stirbt, für ihn der caballus, und wenn er eine loriga hat, diese als in nuntio an den König abgeliefert werden muß[2].

Im französischen, deutschen und italienischen[3] Recht wird von einem Recht des Dienst- oder Lehensherrn auf Heergewäte gesprochen, das ihm gegen Vasallen zusteht — die Nachricht aus Ditmarschen und die Angabe des Sachsenspiegels haben ja gerade sie im Auge — aber das französische Recht bestimmt unmittelbar, daß der König und seine Barone, anders wie in England und Spanien, kein Heergewäte einheben[4]. Die wahrscheinlichste Erklärung des Satzes scheint mir nunmehr die, daß hier das Recht des Königs und der Barone noch auf der eigentlichen Hausgenossenschaft aufgebaut war, und deshalb zwar Waffen überreicht, aber nicht an den im Haus lebenden Gefolgsmann übereignet wurden, deshalb auch nicht zurückgefordert zu werden brauchen. Dann würde die Ausstattung mit Pferd und Waffen in der Form einer Schenkung wenigstens im Bereich des fränkischen Reichs gerade für diejenigen Reiter typisch geworden sein, welche niemals in einer Gefolgschaft lebten[5].

---

[1] Muñoz S. 364, 1118, Toledo (S. 44 N. 4); S. 486, fuero de Escalona 1130 et qualis obierit ex vobis et tenuerit equum et loricam, seu aliquas armas en parte nostra, ut hereditent filii; S. 510, 1133 fuero de Quadalajara: ningun home, que tubiere cavallo, o armas o alguna otra cosa emprestado del rey . . . tenga aquell todo su fijo.

[2] Muñoz S. 97, 1107 allgemeines Recht von Leon und Carrion: et cavalleiro, si in sua corte aut in suo lecto morierit aut in sua terra, si habuerit caballum, ut det eum in nuntio, et si non habuerit caballum et habuerit lorigam, det eam in nuntio, et si non habuerit caballum, neque loricam in nuntio L solidos. In den Privilegien wird dann darauf verzichtet (so N. 1; dazu aber schon Muñoz S. 38, 974 hier wird auf nuzo verzichtet, wenn ein caballero ermordet wird).

[3] V.G. I, S. 443, 453, 456.

[4] D. fr. V.G. II, S. 166.

[5] Das in d. fr. V.G. II, S. 166 gesagte, trifft die Sache nicht.

Übrigens darf man nicht alle Todfallsabgaben aus einem Gesichtspunkt erklären, wie das zuletzt noch von Brunner in der Berliner Festschrift für v. Martitz, S. 1 ff., geschehen ist.

Gewiß kommt auf der einen Seite der Gedanke in Betracht, daß die Seele für das Jenseits ausgerüstet werden muß (so auch v. Amira, Recht [3], 177). In der

2. Nicht nur Waffen sind an solche selbständige Leute gegeben worden, sondern entsprechend der reinen Naturalwirtschaft, welche un-

---

Urzeit geschieht das dadurch, daß dem Gestorbenen sein persönliches Eigentum an Geräten, Edelmetall, Unfreien, Tieren in das Grab mitgegeben wird. Wenn jeßt Rietschel (Z. Sav. St. XXXII, S. 301) behauptet: »von einem allgemeinen Brauch, große Schäße dem Verstorbenen ins Grab mitzugeben, wissen die germanischen Quellen nichts«, so braucht demgegenüber nur an die breite und alles wesentliche enthaltende Schilderung vom Tod der Brunhild in der Sigurdarkviđa hinn skamma v. 66 (Edda, ed. Heinzel, S. 130) erinnert zu werden. Der Brunhild und damit dem Sigurd folgen 5 ambatter, 8 þionar ođlum godir, fostrman mitt ok f a đ e r n i, þat er Buđli gaf barni sini, also das ganze eingebrachte Vermögen (fađerni) der Brünhild. Wenn dann den ganz sicherlich zu den Skandinaviern gehörenden reichen »Russen«, d. h. den schwedischen Eroberern Rußlands im 10. Jahrhundert ein Drittel der Habe in das Grab gegeben wird, so geht das Drittel auf den Anteil des Hausvaters an der Mobiliargemeinschaft der Familie, welche allen primitiven germanischen Rechten zugrunde liegt, ist also nur ein anderer Ausdruck für den gleichen Gedanken, der in der Sigurđarkviđa zum Ausdruck kommt. Wo aber die Seelgabe sich auf das Heergewäte beschränkt, da ist man eben bei dem ursprünglichen Standpunkt geblieben, daß nur die Waffen und nicht einmal die Herden Gestorbener Eigentum sind. — Aber dieses ganze später nur christianisierte heidnische Totteilrecht gilt lediglich für die Vornehmen, denen allein Waffen und Pferde zukommen und für die allein wirtschaftlich solche Aufwendungen möglich sind. Das wird mit voller Bestimmtheit vom Recht in London bezeugt: hier ist es ein honorificus mos antiquus, daß durch einen berittenen Knappen die Waffen des Verstorbenen zur Kirche gebracht werden; zur Zeit des Berichterstatters gilt diese Form nur für die königlichen Barone, galt aber früher auch für die Aldermänner, d. h. für die aristokratischen Vorstände der londoner wardae oder decennae (Riley munimenta Gildhallae Londoniensis I, S. 33; meine Einkleidung S. 86 n. 67). Geradeso seßt die Sigurđarkviđa v. 50 voraus, daß die Diener, die sich nicht mit dem Herrn verbrennen lassen und dadurch an den Schäßen teilnehmen, die die Herrn mit sich nehmen, arm in das Jenseits kommen. Auf das gleiche geht dann die Nachricht über die Russen. — Es ist dann eine weitere Entwicklung und folgt aus der allgemeinen Anerkennung der Persönlichkeit auch des Armen durch die christliche Kirche, wenn jeßt selbst für die Geringen eine Seelgabe gefordert und gegeben wird, die bisher auch im Jenseits arme Leute waren.

Ganz verschieden vom Totenteil aber ist das Todesfallsrecht des Herrn gegen die Vasallen, des nobilis gegen die villani wie im englischen Recht, des Herrn gegen die Unfreien wie allerorten. Diese Gabe stellt den unmittelbaren Gegensaß zu jenem Seelgerät dar. Allemal geht sie darauf zurück, daß dem Herrn irgendwie der vom Abhängigen zu leistende Teil gehört. So die Sachen, die als Ausstattung gegeben sind, wie Roß und Waffen des vom Herrn angenommenen Kriegers, wie das Tier, das vom Pflugverband dem Inhaber der einzelnen Hufe (ceorl, villanus) gestellt ist, wie vermutlich oft genug auch die Ausstattung mit Tieren und Gewändern, die der Herr seinen auf eine eigene Wirtschaft geseßten Unfreien mitgegeben hat. So aber auch Unfreien gegenüber der ganze Mobiliarnachlaß oder,

möglich Geldrenten zahlen kann und nur durch Gewährung einer Grundstücksnutzung Gehalt zu gewähren vermag, ebensogut auch Grundstücke. Für das Detail versagen nun aber gerade hier die Nachrichten.

Das erweist aber immerhin das norwegische Institut der lendir menn, daß die Gefolgsleute, wenn sie von dem Hof in Ehren abgehen, mit einem solchen Einkommen (der veizla) ausgestattet werden.

Weiter aber kann man erkennen, daß der König nicht nur denjenigen gibt, die in seiner Gefolgschaft sind, sondern auch andern Kriegern, mögen sie nun statt dessen im Gefolge eines königlichen Barons sein oder vielleicht einem eigentlichen Gefolge überhaupt nicht angehören.

Aber auch die Vornehmen unter dem König werden sehr häufig und reichlich in dieser Weise gegeben haben, wie das aus der Masse der späteren Lehensverleihungen folgt.

Endlich kann man sehen, daß zweierlei privatrechtliche Formen verwendet wurden. In Deutschland und Frankreich ist diejenige zur Herrschaft gelangt, bei der überhaupt gar kein Eigentum übertragen wird und dasselbe muß in England zugrunde gelegt werden, wo alle Veräußerungen sich mit einem homagium des Erwerbers an der Veräußerung verbinden — soweit es sich um feodum und nicht um ein sokagium handelt — und deshalb allemal Afterbelehnungen sind. Dagegen ist im Langobardischen zunächst die Form zur Geltung gekommen, bei der Eigentum und damit Verfügungsmacht dem Erwerber zusteht und nur eine Obligation zur Rückübertragung beim Tod des Mannes übrigbleibt; erst im 12. Jahrhundert ist auch in Italien die nordische Leihe zur Geltung gekommen [1].

Allein gar nicht zu beurteilen ist, wie häufig der König mit seiner Gabe anf Leute übergegriffen hat, die nicht zu seinem Gefolge gehörten und wie häufig das durch die Großen geschehen ist. Auch wenn es gelingen sollte, ein Bild von den Mannen eines Herrn zu gewinnen, die nicht zu seinen Baronen gehörten — bisher hat keine Forschung sich daran gewagt — so wüßte man noch lange nicht, ob es sich um

wo das Familiengüterrecht schon auf die unfreie Familie erstreckt ist, der Anteil (buteil) des Verstorbenen an die Mobiliargemeinschaft, also regelmäßig das Drittel. Nur muß bei diesem Todfallsrecht des Herrn betont werden, daß es nicht nur auf Unfreiheit beruht (so ich noch d. fr. V.G. II, S. 11), sondern geradeso aus der Pfluggemeinschaft heraus der Adelige (Geschlechtsführer) ein solches Recht gegen die gemeinunfreien Geschlechtsgenossen hat (so Z. Sav. St. XXXII, S. 203 f.).

[1] It. V.G. I, S. 431 ff.

ursprüngliche Verhältnisse, oder um späteren Anfall durch Konfiskation, um Hausgut und um andere Momente handelt.

Das aber ist gewiß, daß vor allem gerade auch die Gaben, der allgemeinen Bedeutung des Wortes entsprechend, schon in der fränkischen Zeit als beneficia bezeichnet werden[1]: sie sind ja eben Gehalt und werden nicht über das Leben der Begabten hinaus gegeben.

IV.

Letzlich kommt noch eine Entwicklung in Betracht, die von Haus aus mit Gefolgschaft und Benefizialwesen gar nichts zu tun hat und erst schließlich in deren Bereich einmündet.

Einmal ist zu beachten, daß überall im germanischen Recht die Adeligen, also die Führer des Geschlechtsverbandes oder anders angesehen die Eigentümer der Großhufe, dem König den Treueid leisten[2]; die Gewährung von Pferden und Waffen erscheint dann als Vergütung des geleisteten Eids. Nur darin gehen bereits seit der frühen fränkischen Zeit die Formen auseinander, daß im Westen der Eid nicht vom König persönlich, sondern für ihn durch einen missus abgenommen wird[3] und später die homines franci durchweg dem Grafen den Eid leisten[4], der schon im merowingischen die Vereidigung durch den missus wenigstens vorzubereiten hat, in der karolingischen Zeit aber für den Westen überhaupt in die missatische Gewalt hereinwächst. Im Osten aber empfängt noch bis in die deutsche Zeit hinein der König den Eid unmittelbar und muß deshalb nach seiner Wahl das Land bereisen[5].

Zum zweiten aber ist in der fränkischen Zeit die Verpflichtung zum Ausrücken als Panzerreiter auf einen Komplex von 10—12 mansus gelegt[6], also auf das, was meine Untersuchungen über den Uradel als das Gebiet eines Geschlechtsverbands heraus gestellt haben; d. h. der nobilis des alten Ständerechts wird panzerreiterpflichtig. Vielleicht entspricht es der größeren Fruchtbarkeit des Bodens, vielleicht auch der sonst so oft bezeugten Zerlegung des Urhofs in acht Teile (Hof des Herrn und sieben andere), daß in Italien bereits sieben massaritie dieselbe Last

[1] So die Belege bei Brunner II, S. 250 n. 31.
[2] Die Belege jetzt zusammengestellt in Z. Sav. St. XXXII, S. 224 f.
[3] Marculf I, 40.
[4] D. fr. V.G. I, S. 4.
[5] D. fr. V.G. I, S. 4; Z. Sav. St. XXIII, S. 36 ff.
[6] D. fr, V.G. I, S. 132.

zu tragen[1] haben. Bei den Angelsachsen aber ist die Panzerreiterpflicht auf den viel größeren Komplex von 5 Hiden gelegt und dieser Mangel an Reiterei hat den Untergang des angelsächsischen Reichs in der Schlacht von Hastings verursacht. Gehen so die Maße des mit Panzerreiterdiensten belasteten Grundbesitzes auseinander, so stimmen alle Rechte darin überein, daß die davon betroffenen Güter Eigentum des Pflichtigen sind. Die ganze Bildung und Erstreckung der Panzerreiterpflicht, soweit die uns zufällig erhaltenen Rechtsquellen davon reden, beruht nicht auf irgend Gefolgschaft und Lehen, sondern lediglich auf Eigentum; das gilt namentlich auch für diejenigen þegnas, die ihrer 5 Hiden wegen gepanzert ausrücken müssen; sie erscheinen nirgends als die Besitzer des so selten erwähnten laenland, sondern als Eigentümer[2]. — Aber freilich ergibt sich mindestens da ein dem unveräußerlichen Lehen ähnliches Verhältnis, wo aus dem römischen Recht heraus auch der Eigentümer von Kurialgut nur über einen Teil desselben ohne obrigkeitliche Genehmigung verfügen kann[3]. In Deutschland und wohl auch Nordfrankreich spielt der Faktor nicht mit.

Da, wo nun Panzerreiterdienst und der ja auch zum Dienst gegen jedermann verpflichtende Untertaneneid zusammentrifft, sieht ein solcher Grundeigentümer dem mit Dienstgut bewidmeten Gefolgsmanns ähnlich und in der Tat ist eine Vermischung allerorten nachzuweisen. Wenn in S. sp. I, 3 § 2 die Schöffenbaren mit »der vrien herren man«, d. h. den Männern der königlichen Gefolgsleute im 5. Heerschild stehen, so ist damit gesagt, einmal, daß schöffenbarfreie Reiter eben nicht Männer der königlichen Gefolgsleute sind, und dann nur dem König unmittelbar unterworfen sein können, dann aber, daß sie doch den

[1] It. V.G. I, S. 410.

[2] Das genauere in Z. Sav. St. XXXII, S. 117 f. — Lediglich die alte Theorie von dem Gefolgencharakter des þegn, für die jeder Beleg fehlt und die nur aus selber schiefen festländischen Analogien postuliert ist, hat Hatschek, Englische Verfassungsgeschichte, S. 44 f.

[3] Daß die obrigkeitliche Genehmigung zur Veräußerung der arimannia, dann die Unveräußerlichkeit des halben beneficium nach Mailänder Recht darauf zurückgeht, habe ich it. V.G. I, S. 70 ff., angenommen. — Das spanische Recht gibt nun einen weiteren frühen und schlagenden Beleg in conc. Legion. von 1020 c. 9 (Muñoz S. 63 n. 39): auch hier kann der junior, der ja einen Teil des Curialbesitzes durch Abteilung erhalten hat, an die Romanen und an seine Standesgenossen nur die Hälfte veräußern, gerade wie der arimannus.

Vasallen angeglichen werden. In England wurden die Fünfhidenmänner schon während der angelsächsischen Zeit in das weitere Gefolge des Königs gezogen. In Südfrankreich wurden die francitates oder feuda honorata, welche ursprünglich Eigentum der germanischen Krieger (der hostolenses) sind, als Lehen betrachtet, die von Grafen rühren[1]. Nicht anders kann die Entwicklung in Nordfrankreich gewesen sein, wo in der Zeit der Rechtsbücher kein Allod mehr vorkommt, der Besitz jedes homo francus ein feudum ist. Endlich ist auch die italienische arimannia dieser Entwicklung gefolgt[2]. — Die Gleichheit ist dann vollkommen hergestellt, wenn der bisherige Eigentümer sein Gut jetzt als Lehen des Grafen oder anderer königlichen Vasallen empfängt; für die Veräußerungsbeschränkungen, denen er sich dadurch unterwirft, ist er durch die Immunität, d. h. die mittlere Gerichtsbarkeit entschädigt, die er für sein aufgetragenes Gut erwirbt; denn dieses teilt nun rechtlich die Immunität der Güter, welche dem König oder dessen Fürsten gehören[3], weil es ja jetzt selber Eigen des Königs oder von dessen Fürsten geworden ist. Nur da, wo der Vollfreie nicht reich genug war, um Panzerreiterdienste zu leisten — wie in England alle Grundherrn unter 5 Hiden, in Deutschland vermutlich die Schöffenbarfreien, die nicht als Geschlechtsälteste über einem ganzen Urhof stehen, sondern nur mehr als 3 Kleinhufen haben — da hat sich eine von den lehenbaren Rittern getrennte, aber über den Gemeinfreien stehende Schicht erhalten, die dann später häufig mit der modernen Ministerialität verwachsen sein wird.

Schluß.

Die bisherigen Untersuchungen haben zum Teil mit Gewißheit, zum Teil mit Wahrscheinlichkeit die Elemente ergeben, aus denen die später fast in ganz Europa gleichmäßig gebräuchliche Verpflichtung der Panzerreiter gegen den Herrn und deren Ausstattung mit einem Lehen sich gebildet hat. Fragt man aber, in welchem Prozeß und zu welcher Zeit die einzelnen Elemente zusammengewachsen sind, dann versagen die Quellen weithin.

Zunächst zeigt sich, daß der Gebrauch der schweren Schutzwaffen sich vom Süden in den Norden verbreitet hat und daß im 9. Jahrhundert

---

[1] D. fr. V.G. I, S. 121 f.
[2] It. V.G. I, S. 2 f.
[3] D. fr. V.G. II, S. 80 f.

auch hier für weiter aussehende Unternehmungen die Fußtruppen verschwinden, die man früher verwendete, unter den Reitern aber die Panzerreiter hervortraten; dabei haben jedenfalls die Panzerreiter, die nicht der Gefolgschaft angehören, sondern als Eigentümer oder als mit feodum ausgestattete Vasallen oder als diviseros des gotisch-spanischen Rechtes dienen, einen sehr entscheidenden Anteil an der Entwicklung gehabt. Wenn schließlich alle Lehensleute nur der beschränkten Auszugspflicht des öffentlichen Rechts und nicht mehr der unbeschränkten Dienstpflicht der germanischen Gefolgschaft[1] unterworfen sind, so muß das durch das Gewicht jener Schicht von Eigentümern veranlaßt sein, die von ihrem Besitz eben nur die zeitlich beschränkte allgemeine Wehrpflicht tragen. — Auf der anderen Seite kann man — auch ohne unmittelbare Belege — vermuten, daß die Gefolgsleute nicht nur des Königs — für die ja das erwiesen ist —, sondern auch seiner Barone ebenfalls gepanzert waren. Die Erweiterung der königlichen Gefolgschaft auf alle Grafen und freie Herrn, bedeutet dann auch ihrerseits eine Erweiterung des Panzerreiterdienstes und zwar zunächst noch eines zeitlich unbeschränkten Panzerreiterdienstes, worauf man in den so weitreichenden Kriegszügen der ersten Karolinger Wert gelegt haben wird[2].

Die später einheitliche Schicht der lehnbaren Ritter hat also nicht nur die homines ligii der Grafen und andere königliche Barone in sich aufgenommen; sondern auch die germanischen Krieger des Gothenreiches wie die Franken, wenigstens im Westen, geraten schon sehr früh in Abhängigkeit von den Grafen, die ihnen den Eid abnehmen und das gleiche muß man für die Reste galloromanischer Reitermiliz vermuten. Im Osten und Norden aber wird die unmittelbare Unterordnung der Reiter unter den König, dem sie ja persönlich den Eid zu leisten haben, viel länger festgehalten und deshalb kann hier von innumerabiles vasalli dominici geredet werden[3]. Für die gleichen Kreise und vielleicht über sie hinaus ergibt dann der Rückfall der Schenkungen jedenfalls eine ökonomische Abhängigkeit der beschenkten Geschlechter.

Noch über die karolingische Zeit hinaus halten sich die jungen Gefolgsleute im Hause des Herrn auf; aber die alten Gefolgsleute haben

---

[1] D. fr. V.G. I, S. 129 f., oben S. 34 N. 3.

[2] D. fr. V.G. II, S. 159 (aber noch zu bestimmt).

[3] Waitz, V.G. IV, S. 256 n. 1.

immer auswärts von einem Einkommen aus Dienstgütern und Ämtern gelebt. Das wird natürlich auch für die Gefolgsleute der Herzöge und Grafen gegolten haben, ohne daß sich das unmittelbar belegen läßt. Solche nicht am Hofe lebende Gefolgsleute des Grafen sind dann nicht viel anders gestellt wie die übrigen Reiter, die vom Grafen abhängig sind, und eine allmähliche Ausgleichung mußte eintreten.

Alle Formen des Diensteinkommens führen den vagen Namen beneficium. Daß aber auch das Wort feodum so weite Verbreitung erlangt hat, wird damit zusammenhängen, daß der Panzerreiterdienst aus altkeltischen wie römischen Verhältnissen heraus gerade den nichtgermanischen Reitern früher vertraut war. Auch wird das Wort der allmählichen Erblichkeit von Dienst und Dienstgut am besten entsprechen.

Das scheint mir alles, was man mit Fug behaupten kann. Dagegen ist es nicht möglich, den Prozeß mit irgend bestimmten Einzelvorgängen in Verbindung zu bringen. Brunners jetzt zur Herrschaft gekommene Auffassung, daß die Araberkriege hier entscheidend eingewirkt hätten, entbehrt ja nicht nur jedes direkten Beleges, sondern ist innerlich unwahrscheinlich. Denn die südlichen Krieger waren schon seit der Römerzeit beritten und im ganzen gepanzert; die nördlichen Krieger aber werden in den ohnedies episodenhaften Araberkämpfen kaum regelmäßig verwendet worden sein. Will man nicht lediglich annehmen, daß das südliche Waffenwesen wie so viele andere romanische technische Errungenschaften allmählich in den Norden gewandert ist, so könnte man eher vermuten, daß die Kämpfe der ersten Karolinger mit den Aquitaniern eine Neubewaffnung des nördlichen Heeres nötig machten. — Ebensowenig wird die divisio des Kirchenguts die entscheidende Rolle gespielt haben, die ihr Roth beigelegt hat; man weiß nicht mehr, als daß der Eingriff in das Kirchengut, der aber nicht der erste war, mit äußeren Bedrängnissen entschuldigt wird[1]. Aber es fehlt an jedem Anhalt dafür, daß jene erzwungenen precariae, die sich häufig in abgabenfreies Dienstgut verwandelten, gerade die Masse der späteren Lehen ausgemacht hätten. — So scheint mir, daß das ganze Gebilde in einem allmählichen durch den Staat wenig beeinflußten Zusammenwachsen der von vornherein gegebenen Elemente entstanden

---

[1] cap. 11 c. 2.

ist, und Waitz hat im ganzen doch die Wahrheit getroffen, wenn ihm auch nach seiner Eigenart die rechtliche Erfassung der einzelnen Elemente nicht gelang. Der Zusammenschluß muß jedenfalls im 8. Jahrhundert schon weit gediehen sein; denn jetzt wird ja der Ausdruck vasallus schon auf die königlichen Gefolgsgenossen und so natürlich erst recht die Gefolgsleute seiner Barone übertragen. Das Wergeld von 600 Sol. aber, welches den homines Franci nach der l. Chamavorum zukommt, bildet dann einen ersten Beleg dafür, daß nun auch der fränkische nobilis, der nur auf Grund seines Untertaneneids Reiterdienste leistet, dem königlichen Hofgesinde und dann gewiß nicht nur für Wergeld gleichgestellt worden ist[1]. So scheint auch dieser Zusammenschluß noch im 9. Jahrhundert, wenigstens für den fränkischen Westen, sich vollzogen zu haben und darum können dann in der französischen Zeit alle franci homines als Vasallen erscheinen.

[1] D. fr. V.G. II, S. 428.

Über das Provisorium nach dem Reichsgesetze über den Absatz von Kalisalzen

vom 25. Mai 1910.

Von

Emil Sehling.

DAS Kali steht wieder einmal im Vordergrunde des öffentlichen Interesses. Soll die Krisis, in welche die Überproduktion die Kaliindustrie gebracht hat, durch Selbsthilfe oder durch Staatshilfe überwunden werden[1]? Wie muß die Novelle beschaffen sein, wenn sie wirklich helfen soll?

Diese Fragen drängen naturgemäß Betrachtungen über das geltende Recht zurück. Daß solche aber am Platze sind und daß das Gesetz über den Absatz von Kalisalzen vom 25. Mai 1910 Schwierigkeiten in Hülle und Fülle bietet, ist der Praxis nur zu gut bekannt. Es sei mir gestattet, aus einer Reihe von in der »Industrie« von mir veröffentlichten Artikeln diejenigen hier zusammenzufassen, welche sich auf das sogenannte Provisorium beziehen.

Unter Provisorium versteht man den Zustand, der entsteht, wenn einem lieferungsfähigen Werke noch keine endgültige, sondern nur eine vorläufige Quote und zwar in der Höhe bewilligt ist, daß sie eine ordnungsmäßige Aufschließung und Vorrichtung der Lagerstätte gestattet.

Sitz der Materie ist der § 12 des Gesetzes. Auf das Provisorium, das mindestens zwei Jahre seit der Erreichung des Kalisalzlagers durch Grubenbaue dauert, folgt in der Regel die dreijährige Karenz.

Für Provisorium und Karenz sind ganz verschiedene gesetzgeberische Gesichtspunkte maßgebend gewesen. Die ratio legis für die Karenz ist ohne weiteres einleuchtend. Es handelt sich hier um eine Maßnahme, durch die der Gesetzgeber das Entstehen neuer Werke erschweren, den Anreiz dazu jedenfalls vermindern wollte.

Was ist aber der Zweck der provisorischen Quote? Warum wird überhaupt eine solche gewährt? Bildet sie nicht eine Art Prämie für Neubauten? Nein, der Zweck ist vielmehr der folgende: Durch den Schachtbau und die ordnungsmäßige Aufschließung und Vorrichtung der Lagerstätte werden naturgemäß größere Kalimengen aus dem Innern herausgeholt und fortgeschafft. Wo sollen sie bleiben? Ein »Absatz« ist ohne Beteiligungsziffer verboten. Sollen sie einfach auf die Halde ge-

[1] Vgl. Sehling in Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 1914, S. 241 ff; derselbe, im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 7, Heft 3.

worfen, oder sollen sie aufbewahrt werden bis zur Gewährung einer definitiven Quote, was frühestens nach zwei Jahren seit Erreichung des Lagers geschehen kann? Das wäre eine Härte und eine ganz nutzlose Verschwendung von volkswirtschaftlichen Werten. Deshalb wird eben ein Absatz gestattet und zwar so weit, als es der Ausbau des Werkes erfordert.

Das Provisorium dient also dem Ausbau, die endgültige Quote dem Abbau.

Eine kleine Erschwerung der Neubildung von Werken liegt allerdings auch im Provisorium, wenigstens in der vom Gesetz statuierten Mindesfrist von zwei Jahren. Denn es wäre doch denkbar, daß ein Werk schon früher eine genügende Klärung der Lagerungs- und Betriebsverhältnisse herbeigeführt hätte; es muß dann die zwei Jahre seit Erreichung des Kalilagers abwarten, bis es die endgültige Quote in der Karenz erhält. Aber dieser rechtspolitische Gedanke (wenn er überhaupt bewußt vorhanden war) ist jedenfalls nebensächlich und auch praktisch ohne größere Bedeutung, weil die zwei Jahre im allgemeinen zur Klärung gebraucht werden.

Daß die Gedanken für Provisorium und Karenz ganz verschieden sind, ersieht man auch daraus, daß die fiskalischen Schächte zwar in das Provisorium kommen, aber nicht in die Karenz. Das erstere ist ganz logisch; denn ausbauen müssen auch sie; das zweite ist ein positives Privileg.

Deswegen sollte man auch in der Praxis die Wendung vermeiden, daß die provisorische Quote in die endgültige umgewandelt werde, sondern richtiger sagen, daß jetzt eine endgültige Quote »verliehen« wird. Die provisorische Quote und die endgültige sind in ihrem Zweck und ihren Voraussetzungen grundsätzlich verschieden.

Wir wollen aus dem Rechte des Provisoriums zwei Fragegruppen behandeln, nämlich:

1. die Voraussetzungen und die Höhe der Quote, wobei wir insbesondere untersuchen wollen, ob die Quote einheitlich für sämtliche Werke, oder nach bestimmten Gesichtspunkten für bestimmte Gruppen von Werken bemessen werden darf und
2. ob auch für die einmal erteilte provisorische Quote die Unabänderlichkeit der Entscheidung gilt wie für die definitive Quote, oder ob eine Erhöhung der Quote innerhalb des Provisoriums gesetzlich erlaubt ist.

I.

Die Erteilung der provisorischen Quote ist an folgende Voraussetzungen geknüpft. Das Gesetz sagt in § 12: »Besitzern solcher Kaliwerke, die nach Verkündung des Gesetzes lieferungsfähig werden, wird für die ersten zwei Jahre, nachdem das Kalisalzlager durch Grubenbaue erreicht worden ist, und wenn bis dahin eine genügende Klärung der Lagerungs- und Betriebsverhältnisse noch nicht erfolgt ist, bis zu dieser Klärung eine vorläufige Beteiligungsziffer gewährt.«

1. Das Werk soll also zunächst nach der Publikation des Gesetzes, d. i. nach dem 25. Mai 1910 lieferungsfähig geworden sein. Was heißt »lieferungsfähig«?

»Lieferungsfähigkeit« ist die Eigenschaft, die »Kalisalze zu liefern« ermöglicht.

Was heißt wiederum »liefern«? Der Ausdruck ist kein technischer Begriff des heutigen bürgerlichen Rechtes, aber im alten Handelsgesetzbuche war er bekannt und bedeutete dort »auf Grund von entgeltlichen Verträgen unter Lebenden Eigentum übertragen«. Diesen Begriff akzeptieren wir auch für das moderne Recht. Die Fähigkeit zu liefern ist also die Fähigkeit, auf Bestellung, d. h. auf Grund von entgeltlichen Verträgen Eigentum zu übertragen. Hierbei ist aber auch gleichzeitig an solche Quantitäten gedacht, denen der kaufmännische Sprachgebrauch noch den Charakter von »Lieferungen« zuerkennen würde; also nicht an ganz verschwindend kleine Mengen, wie sie etwa ein Chemiker zu einer Analyse gebrauchen würde. Wenn das Werk bloß fähig ist, solche ganz kleine Mengen zu liefern, z. B. durch Ziehen von Bohrkernen, wird man nicht von »fähig zum Liefern« sprechen.

Das Werk muß aber weiter zu solcher Lieferung durch seine eigenen Einrichtungen und seine eigenen Lager befähigt sein. Ausgeschlossen ist nach dem Sinne des Gesetzes eine Lieferung, die durch Anschaffung von anderen Werken oder von Händlern ermöglicht werden würde. Wenn das alte Handelsgesetzbuch als Handelsgeschäft bezeichnete die »Übernahme der Lieferung von beweglichen Sachen, die der Übernehmer zu diesem Zwecke anschafft«, so ist im Sinne des Kaligesetzes nur an Lieferungen gedacht, bei denen der Übrnehmer die Waren selbst schafft oder produziert.

Zum Begriff »Lieferungsfähigkeit« genügt die Möglichkeit und Bereitschaft zu liefern. Ob das Werk tatsächlich liefert oder nicht, ist gleichgültig.

Zum Begriff der »Lieferungsfähigkeit« im Sinne des § 12 des Gesetzes genügt weiter die rein tatsächliche Fähigkeit; die rechtliche Erlaubnis zur Lieferung, wie sie das Gesetz erst durch Erteilung einer Quote vorsieht, gehört nicht hierher, denn der Wortlaut des § 12 spricht unzweideutig von lieferungsfähigen Werken, denen eine Quote verliehen werden soll. Die Verleihung einer (provisorischen oder definitiven) Quote setzt also die »Lieferungsfähigkeit« voraus, nicht dagegen ist letztere eine Folge der Verleihung.

Wir definieren also: Lieferungsfähigkeit ist die Fähigkeit, eigene, durch eigene Vorrichtungen gewonnene Salze in nicht ganz verschwindenden Quantitäten auf Bestellung an andere zu Eigentum zu übertragen.

Zwei Momente bedürfen hier noch einer näheren Betrachtung: Die Quantität der Salze und die Qualität der Vorrichtungen.

Nirgendwo im Gesetz findet sich eine Bemerkung darüber, wie groß der Umfang der möglichen Lieferungen sein müsse, wie viel Doppelzentner reines Kali jährlich geliefert werden können; nirgendwo wird etwas von Rentabilität gesprochen usw. Nein, das Wort »Lieferungsfähigkeit« wird in § 12 ohne jede Einschränkung gebraucht und jede Auslegung des Begriffes »Lieferungsfähigkeit« im Sinne des § 12, die Bedingungen und Einschränkungen macht, verstößt daher gegen die Regeln der Interpretation von Gesetzen, die niemals dem klaren Wortlaut widersprechen darf. Gerade deshalb glauben wir die obige Beschränkung, wonach ganz verschwindende Quantitäten auszuschließen seien, rechtfertigen zu können; denn dann kann man wohl nicht mehr nach dem üblichen Sprachgebrauch von »Lieferungen« reden. Davon abgesehen, kann aber nach dem Wortlaut und dem Geiste des Gesetzes die Lieferungsfähigkeit in quantitativer Hinsicht recht bescheiden bemessen werden. Denn selbst die kleine provisorische Quote wird »lieferungsfähigen« Werken erst nach zwei Jahren verliehen. Wie gering braucht also die tatsächliche Lieferungsfähigkeit in quantitativer Hinsicht zwei Jahre vor dieser kleinen Quote zu sein, wenn das Gesetz trotzdem von »lieferungsfähig« spricht.

Ebensowenig wie über die Quantität der Salze spricht das Gesetz

ein Wort über die Art der Vorrichtungen, durch die das Werk fähig ist zu liefern. Ob diese Lieferung z. B. nur durch Kübel geschieht, ist völlig belanglos. Nirgendwo ist gesagt, daß etwa eine Eisenbahn zum Wegtransportieren vorhanden sein müsse; nehmen wir selbst an, daß zum Begriff des Lieferns auch das Transportieren an den Besteller gehöre (was durchaus nicht nötig ist, da der Besteller nach Abmachung ja verpflichtet sein kann, die Ware selbst abzuholen), so ist doch in keinem Gesetze der Welt vorgeschrieben, daß dieses Wegschaffen durch die Eisenbahn geschehen müsse; Wagen mit Pferden, Automobile würden völlig genügen. Das Nichtvorhandensein von Fabriken zur Verarbeitung schließt ebenfalls den Begriff der Lieferungsfähigkeit nicht aus. Jede andere Interpretation des Begriffes muß als unrichtig bezeichnet werden.

Im § 10 des Gesetzes wird ausdrücklich eine bestimmte Leistungsfähigkeit des Werkes (nämlich von 50000 dz reines Kali jährlich) und eine technische Einrichtung von bestimmter Vollkommenheit verlangt. Das hat auch seinen guten Sinn. Hier handelt es sich um Teilungen von Werken und da will das Gesetz verhindern, daß etwa die Einrichtungen des alten Werkes benutzt werden, auf dem neuen abgetrennten Felde lediglich ein Bohrloch in die Erde gemacht und nun unter der Behauptung, es sei ein neues Werk entstanden, eine eigene Quote beansprucht wird.

Aber gerade aus dem Umstande, daß in § 10 diese besonderen Eigenschaften für das Werk positiv verlangt werden, in § 12 dagegen nichts dergleichen hinzugefügt ist, muß man folgern, daß der Gesetzgeber solche Einschränkungen für § 12 nicht haben will.

Ergebnis: Lieferungsfähig ist ein Werk, wenn es durch Schachtbau, durch Erreichung des Salzlagers und Einrichtungen irgendwelcher Art in den Stand gesetzt ist, Salze aus dem Erdinnern in Mengen zu fördern, denen man die Bezeichnung »Lieferung auf Bestellung« nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht absprechen kann.

Dieser Zeitpunkt wird in der Regel zusammenfallen mit der Erreichung des Salzlagers durch den Schachtbau. Denn nun ist das Werk in der Lage, durch Kübelförderung Salze in größeren Mengen zu fördern und abzusetzen.

Daß diese Auslegung von »lieferungsfähig« richtig ist, ergibt sich auch, wenn man den § 12 Abs. 1 im Zusammenhange liest. Hiernach

soll ein »lieferungsfähiges« Werk eine provisorische Quote in der Höhe erhalten, daß sie eine ordnungsmäßige Aufschließung und Vorrichtung der Lagerstätte gestattet. Wenn diese ordnungsmäßige Aufschließung, die mindestens zwei Jahre dauern soll, beginnt, liegt doch offenbar noch nichts anderes vor, als Erreichung des Lagers durch den Schachtbau.

Die Lieferungsfähigkeit kann wieder vorübergehend verloren gehen. Das ist für die Frage, die wir momentan behandeln, gleichgültig. Wenn nämlich das Werk einmal in dem oben erörterten Sinne lieferungsfähig gewesen ist, so beginnt die Frist zu laufen, für die nach § 12 Abs. 1 die Verleihung einer provisorischen Quote verlangt werden kann. Geht nach Verleihung der provisorischen Quote die Lieferungsfähigkeit dauernd verloren, so muß nach § 17 Abs. 2 verfahren werden.

Es wäre deshalb richtig, wenn der Begriff der »Lieferungsfähigkeit« im Gesetz zur Vermeidung aller Zweifel genauer umschrieben worden wäre. Am einfachsten wäre es zu sagen, daß alle Werke von dem Augenblicke an, in dem sie das Kalisalzlager durch Grubenbaue erreichen, die provisorische Quote beantragen können.

In dem ersten Satz des § 12: »Besitzern solcher Kaliwerke, die nach Verkündung des Gesetzes lieferungsfähig werden, wird für die ersten zwei Jahre usw.« liegt der Schwerpunkt auf »nach Verkündung des Gesetzes« und nicht auf »lieferungsfähig«. Es handelt sich um eine zeitliche Abgrenzung der Werke. Bei einer Neuredaktion des Gesetzes könnte man, ohne den Sinn des § 12 zu ändern, einfach sagen: »Allen Kaliwerken wird für die ersten zwei Jahre, nachdem das Kalilager durch Grubenbaue erreicht worden ist . . .«, denn »lieferungsfähig« und »Erreichung des Kalisalzlagers durch Grubenbaue« besagt dasselbe, und Werke, die vor dem Inkrafttreten des Kaligesetzes lieferungsfähig geworden sind, kommen praktisch für ein Provisorium heute nicht mehr in Frage.

II.

Die »Erreichung des Kalisalzlagers durch Grubenbaue« ist also der Zeitpunkt, von dem an das Provisorium und die Klärungsfrist innerhalb des Provisoriums zu laufen beginnen.

Das »Kalisalzlager muß erreicht« sein, d. h. der Mensch muß zu dem Lager in unmittelbare Berührung gekommen sein, es genügt also nicht, daß er durch bloße Kombination, durch geologische Erwägungen,

durch Schlüsse von Nachbarfeldern aus das Vorhandensein eines Salzlagers mit Sicherheit annehmen kann.

Das »Kalisalzlager« muß erreicht sein. Wird da eine bestimmte Eigenschaft, z. B. eine bestimmte Mächtigkeit verlangt? Genügt es, daß irgendein Lager, also das erste beste, erreicht wird oder ist dasjenige Lager gemeint, welches das Werk nachher zum Abbau bringen will? Nach dem Zweckgedanken des Provisoriums muß das erste Kalilager gemeint sein, das im Schachte angetroffen wird. Denn dieses Salz soll nicht weggeworfen, es muß vielmehr jetzt herausgefördert werden, damit der Schachtbau weiter vor sich gehen und die Vorrichtungen weiter betrieben werden können. Wie groß dieses Lager ist, welchen Kaligehalt es besitzt, ist für die jetzt behandelte Frage gleichgültig. Natürlich muß es ein »Kalilager« sein, d. h. es muß ein »Lager« genannt werden können. Schon das Wort »Lager« setzt eine gewisse Mächtigkeit voraus; einzelne Spuren, Adern, Schmitzen wird man im Kalisalzbergbau niemals »Lager« nennen. Im Kohlenbergbau pflegt man Flöze unter 0,30 Mächtigkeit nicht mehr abzubauen. Der Kalibergbau rechnet mit anderen Quantitäten. Aber das Gesetz schreibt irgendeinen Durchmesser nicht vor, schreibt insbesondere auch nicht das Moment der »Abbauwürdigkeit« vor, was gewiß auch zu ernsten Streitigkeiten Anlaß gegeben haben würde.

Das »Kalisalzlager« muß durch »Grubenbaue« erreicht sein. Es müssen also vorliegen »Baue«, und zwar solcher in der »Grube«. »Baue« sind ernstliche dauernde Vorkehrungen, denen man nach den Regeln der Sprache und den Anschauungen des Verkehrs den Charakter eines »Baues« und »Bauwerkes« zusprechen muß.

Diese Baue müssen sich im Erdinnern befinden. Der Gegensatz dazu sind die Tagesbauten. Der Schacht ist ein solcher Grubenbau. Wie er »gebaut« ist, ist gleichgültig.

Sobald also im Schachte das »Kalisalzlager« erreicht ist, sind die Bedingungen erfüllt, und das Werk hat Anspruch auf Erteilung einer provisorischen Quote.

Diese provisorische Quote ist auf mindestens zwei Jahre berechnet. Diese Frist wird unter keinen Umständen gekürzt, wohl aber möglicherweise verlängert. Das Gesetz geht von der Vermutung aus, daß ein zweijähriger Zeitraum nötig, aber in der Regel auch genügend sein werde, um eine solche Ausgestaltung des Werkes herbeizuführen, daß

an eine endgültige Einschätzung des Werkes nach den allgemeinen Grundsätzen über Einschätzung herangetreten werden könnte. Sollten wider Erwarten in den zwei Jahren seit Erreichung des Kalilagers die Verhältnisse in Lagerstätte und Betrieb für eine Einschätzung noch nicht genügend geklärt sein, so muß das Werk noch warten und seine »Lagerungs- und Betriebsverhältnisse« noch weiter zu klären suchen, damit es der Wohltat der Einschätzung teilhaftig werden könne; die zweijährige Frist hat dann eben nicht ausgereicht.

Was heißt nun »eine genügende Klärung der Lagerungs- und Betriebsverhältnisse«? Wofür »genügend«? Antwort: Genügend für eine definitive Einschätzung nach § 9 Abs. 2. Wann die Verhältnisse hiernach für eine Einschätzung ungenügend sind, ist allerdings nach dem Wortlaut des § 9 Abs. 2 schwer zu sagen. Denn dieser Paragraph bewegt sich in ganz allgemeinen Wendungen; nehmen wir an, die Verhältnisse eines Werkes wären nach zwei Jahren noch ganz *minderwertig*, noch ganz *primitiver* Natur, so müßte es an sich nach dem Wortlaut des Gesetzes zwar nur eine *ganz geringe* Quote erhalten, aber man könnte nicht einfach sagen, daß die Verhältnisse für eine Einschätzung *ungenügend* wären.

Da treten aber die Ausführungsbestimmungen des Bundesrates vom 5. April 1911 erläuternd und klärend auf, und diese sind allerdings so spezialisierend und konkret gefaßt, namentlich in der maßgebenden Nr. 3, daß sie ganz bestimmte Richtlinien für die Einschätzung und damit auch für die »genügende Klärung« an die Hand geben. Um nur ein Beispiel zu gebrauchen: Die Ausführungsbestimmungen des Bundesrates teilen die Werke zu Zwecken der Einschätzung in vier Klassen ein, von denen die unterste imstande sein muß, Rohsalze von mindestens 7 % Reinkaligehalt unmittelbar aus Vorrichtungsbetrieben oder Abbauen zu liefern. Vermag ein Werk das nicht, so erhält es *überhaupt keine endgültige* Quote. Es kann danach vorkommen, daß ein Werk eine provisorische Quote erhalten hat (die ja vom Kaligehalt ganz unabhängig ist), aber niemals eine endgültige erhält.

Gegen die Entscheidung der Verteilungsstelle ist Berufung zulässig an die Berufungskommission (§ 32). Mit deren Entscheidung ist der Instanzenweg erschöpft.

III.

In welcher Höhe ist die provisorische Quote zu bemessen?

Das Gesetz antwortet: »daß sie eine ordnungsmäßige Aufschließung und Vorrichtung der Lagerstätte gestattet.« Niemals aber darf sie 50 vom Hundert der durchschnittlichen Beteiligungsziffer aller Werke übersteigen.

Das Werk soll also in die Lage versetzt werden, sich durch solche Vorkehrungen, wie sie ein normaler Bergbau im Anfangsstadium erfordert, unterirdisch durch Vortreiben von Strecken so aufzuschließen, daß es nach zwei Jahren in der Lage ist, in einem ordnungsmäßig betriebenen Bergbau in korrekter bergbaulicher Art diejenige Quote zu liefern, die ihm als endgültige verliehen wird.

Diesen allgemeinen Grundsatz hat die Verteilungsstelle bei Bemessung der provisorischen Quoten stets im Auge behalten, und sie darf, wenn sie irgendwie dazu übergeht, sich gewisse Einheitsnormen für die Bemessung der Provisorien selbst zu schaffen, diesen obersten Grundsatz auch nicht verletzen, sie muß ihn vielmehr bei jedem einzelnen Werk wieder korrekt verwerten.

Die Verteilungsstelle hat nun eine solche allgemeine Richtlinie aufgestellt. Sie hat erklärt: daß ein rationeller Bergbau erst möglich ist, wenn eine gewisse Anzahl von Strecken im Kalisalze aufgeschlossen sind, wodurch ein langjähriger Betrieb gesichert ist, und sie kommt zu dem Ergebnis, daß 2000 m Kalistrecken im allgemeinen genügen, um einen langjährigen Bergbau zu etablieren. Wer also sich zur endgültigen Quote melden will, muß sich in den zwei Jahren des Provisoriums bemüht haben, 2000 m Kalistrecken vorzutreiben. Das Provisorium muß also die Möglichkeit schaffen, im Kali 2000 m aufzufahren. Der Austausch provisorischer Quoten unter Einstellung der Aufschlußarbeiten widerspricht also dem legislatorischen Zwecke des Provisoriums.

Wir wollen über die Richtigkeit dieser Praxis der Verteilungsstelle nicht rechten, aber eines ergibt sich ohne weiteres, daß das von der Verteilungsstelle aufgestellte Ziel von den einzelnen Werken im Verhältnis zueinander nur mit verschiedenen Mitteln, mit verschiedener Kraftentfaltung und unter verschiedener Kaliförderung erreicht werden kann.

Die provisorische Quote bedeutet: Jedes Werk soll so viel reines Kali fördern und absetzen dürfen, daß es in zwei Jahren 2000 m Strecken auffahren kann. Nun enthalten die verschiedenen Kalilager Kali von sehr verschiedenem prozentualen Gehalt. In einem hochprozentigen Lager sind in 100 m aufgefahrener Strecke mehr Einheiten in Kali enthalten als in einem geringer prozentigen Lager. Der Besitzer des minderprozentigen Lagers muß also mehr Salze herausfördern, um dasselbe Quantum Kali zu liefern, als der Besitzer des hochprozentigen Lagers. Wenn also die Verteilungsstelle dem Besitzer eines minderprozentigen Lagers dieselbe provisorische Quote in reinem Kali gewährt, wie dem Besitzer des hochprozentigen Lagers, so muß jener größere Quantitäten liefern, also auch größere Strecken aufschließen wie dieser. Jener kann also viel leichter in die Lage kommen, die 2000 m-Strecken vorzutreiben, als dieser. Ja, dieser kann vielleicht gerade wegen der Hochprozentigkeit seines Lagers gar nicht in die Lage kommen, die 2000 m-Strecken aufzuschließen, es sei denn, daß er die über seine Quote hinausgehenden Quantitäten auf die Halde würfe. Denn »absetzen« darf er sie nicht, weil seine Quote nicht so weit reicht. Das Gesetz kann das doch sicherlich nicht gewollt haben. Die Verschiedenheit des Kaligehalts spielt also auch bei der Gewährung der provisorischen Quote eine Rolle, wenn auch in einem ganz anderen Sinne als beim Definitivum. Dagegen fallen alle Momente, die bei der definitiven Einschätzung von Bedeutung sind, wie Lagerungsverhältnisse, Fabrik, Endlaugenkonzession, Eisenbahn usw. bei der Erteilung der provisorischen Quote fort. Denn hier sollen nicht die Werke untereinander in ihrem Werte verglichen werden, sondern jedem einzelnen Werke soll für sich die M ö g l i c h k e i t d e s A u s b a u e s gegeben werden.

Aus den vorstehenden Erörterungen geht hervor, daß die p r o v i s o r i s c h e Quote g r u n d s ä t z l i c h für jedes Werk v e r s c h i e d e n sein muß. Die Verteilungsstelle hat dies auch früher stets anerkannt. In einer Entscheidung betreffend Hadmersleben II vom 30. August 1912 führt sie in den Entscheidungsgründen wörtlich aus: »Der § 12 des Kaligesetzes scheint es zunächst erforderlich zu machen, daß für jedes neue Kaliwerk, das eine vorläufige Beteiligungsziffer erhält, diejenige Menge ermittelt wird, die das Werk fördern muß, um seine Aufschließung in normaler Weise vornehmen zu können. Dementsprechend

hat auch die Verteilungsstelle bisher bei jedem einzelnen Werk die besonderen Verhältnisse, die sich aus der Lagerung der Salze und ihrer Beschaffenheit ergeben, berücksichtigt und sie bei Bemessung der Beteiligungsziffer bewertet.«

Insoweit stimmen wir im Ergebnisse mit der Verteilungsstelle überein. Jetzt fährt dieselbe Entscheidung aber fort: »Es hat sich aber bei den Mitgliedern der Verteilungsstelle auf Grund ihrer bei den Werksbesichtigungen gewonnenen Erfahrungen die Überzeugung gebildet, daß die Aufschlüsse, welche neue Kaliwerke in dem Augenblicke, in dem sie lieferungsfähig zu werden beginnen, nachweisen, eine wirklich richtige Beurteilung der Lagerungs- und Betriebsverhältnisse noch nicht zulassen. . . . . Kann man somit im allgemeinen bei den Werken, die einen Antrag aus § 12 des Kaligesetzes stellen, noch nicht sicher beurteilen, welche Ergebnisse die weiteren Aufschlüsse des Werkes zeitigen werden, so kann man auch nicht mit Sicherheit sagen, welche Maßnahmen beim weiteren Betrieb des Werkes für seinen ordnungsmäßigen Aufschluß erforderlich sind«. Die Möglichkeit einer nachträglichen Änderung der provisorischen Ziffer sei ausgeschlossen. Deshalb biete das bisher geübte Verfahren, alle Werke bei Bemessung der Höhe individuell verschieden zu behandeln, keine Gewähr dafür, daß jedem Werk der Verkauf der Menge gestattet werde, die es zum Zwecke eines ordnungsmäßigen Aufschlusses fördern müsse.

Dazu ist zu bemerken:

Eine völlige Gewähr für die richtige Einschätzung wird die individuelle Beurteilung natürlich nicht bieten, aber die neue Methode der Verteilungsstelle, alle Werke über einen Kamm zu scheren, bietet diese Gewähr erst recht nicht. Die alte Methode enthielt wenigstens den Versuch, soweit menschenmöglich das Richtige zu treffen, die neue Methode garantiert geradezu das Gegenteil. Wenn die Verteilungsstelle weiter ausführt, daß die provisorische Quote mangels bestimmter Grundsätze über eine ordnungsmäßige Aufschließung und Vorrichtung einer Lagerstätte offenbar die Möglichkeit geben solle, den Ausbau in der Weise vorzunehmen, daß eine Klärung der Lagerungs- und Betriebsverhältnisse herbeigeführt würde, und daß dadurch gerade die besten Werke mit einer großen Regelmäßigkeit der Lagerung und mit hochprozentigen Salzen den minderwertigen Werken gegenüber während des Provisoriums benachteiligt würden, da bei ihnen eine

geringe Jahresförderung erforderlich sei, um binnen zwei Jahren eine klärende Aufschließung herbeizuführen, so ist das ganz zutreffend, das Ergebnis bedauerlich, aber bei der Fassung des Gesetzes, das ein Minimum von zwei Jahren festsetzt, nicht zu ändern. In dem Augenblicke, wo man diese zweijährige Minimalfrist aus dem Provisorium striche, wäre die Schwierigkeit gehoben. Es liegt eben in dieser zweijährigen Frist, wie oben ausgeführt wurde, eine Art Karenz. Übrigens kann ja bei den minderwertigen Werken das Provisorium länger als zwei Jahre dauern, wodurch den guten Werken doch ein Vorsprung im Gesetze eingeräumt ist, was von der Verteilungsstelle offenbar übersehen worden ist.

Die Formulierung eines Normal-Kaliwerkes und eines Normal-Kaliabsatzes, wie sie die Verteilungsstelle vornimmt, widerspricht dem Wortlaute, dem Geiste und dem Zweck des Gesetzes und erreicht auch das gerade Gegenteil von dem, was sie bezweckt.

Zuzugeben ist allerdings, daß die individuelle Behandlung sehr schwierig ist, viel Mühe macht, viel Streitigkeiten verursacht, selten den Betroffenen ganz befriedigen wird, und daß auf der anderen Seite die bureaukratische, möglichst mechanische Behandlung bedeutend einfacher ist, radikal alle Einsprüche zurückweist usw. Man kann es also der Verteilungsstelle menschlich nachfühlen, wenn sie nach einem einfachen Maßstabe suchte, aber der von ihr gefundene Maßstab war weder formell richtig noch materiell befriedigend.

IV.

Wir kommen jetzt zu einer weiteren Frage: Ist eine Erhöhung der provisorischen Quote auf Antrag des betreffenden Werkes möglich?

Dies wird allgemein und so auch von der Verteilungsstelle in der oben zitierten Entscheidung betreffend Hadmersleben II verneint. Allerdings wird nirgends ein Grund dafür angeführt, die Tatsache wird offenbar als selbstverständlich angesehen. Wir wollen zeigen, daß auch eine andere Auffassung sich rechtfertigen läßt.

Zunächst scheiden wir den Fall aus, daß die Entscheidung der Verteilungsstelle über das Provisorium eines Werkes von diesem als unrichtig angefochten wird. Wenn nach der Ansicht des Werkes die

provisorische Quote zu niedrig bemessen ist, um ordnungsmäßigen Aufschluß und Vorrichtung binnen zwei Jahren zu ermöglichen, so kann das Werk Berufung einlegen, und die Berufungskommission kann anders entscheiden. Darüber besteht kein Zweifel.

Wenn aber einmal die Berufungskommission gesprochen hat oder die Frist für die Berufung verstrichen ist, kann dann innerhalb des Provisoriums die Quote abgeändert werden?

Die definitive Quote ist in der Regel für die Periode von fünf Jahren unabänderlich. Wenn die Regel der Unabänderlichkeit schon bei der definitiven Quote gilt, um wie viel mehr sollte sie bei der provisorischen gelten. So sollte man meinen. Aber dieser Schluß wäre voreilig. Denn provisorische und definitive Quote haben ganz verschiedenen Zweck und ganz verschiedene Voraussetzungen. Das Definitivum will fertige Werke am Absatz beteiligen, das Provisorium will die Möglichkeit schaffen, die Stätte aufzuschließen und vorzubereiten. Die hier zugrunde liegende Situation kann sich aber beständig ändern, z. B. durch die Veränderung der Güte der Salzlager. Die Beispiele, die wir oben für den Grundsatz der individuellen Beurteilung der Werke bei der provisorischen Einschätzung anführten, können auch hier verwertet werden. Nehmen wir folgendes Beispiel: Das Werk hat den Schacht niedergebracht und bis 500 m Teufe ein 40 m starkes Kalilager durchörtert, und erhält daraufhin seine provisorische Quote, etwa 2,5 Tausendstel. Wenn das Werk nicht das Unglück gehabt hätte, das Kalilager schon bei 500 m anzutreffen, so hätte es den Schacht weiter gebaut und wäre — so nehmen wir einmal an — auf ein Hartsalzlager gestoßen und hätte 5,0 Tausendstel als Quote erhalten, was eine Differenz von 400000 dz bedeuten würde. Soll es für diesen Zufall so bestraft bleiben? Muß es im ersten minderwertigen Lager 2000 m Strecke vortreiben, wozu die 2,5-Quote genügen würde, oder darf es das zweite, bessere Lager in Angriff nehmen. Nach den oben erörterten Grundsätzen würde aber eine 2;5-Quote bei diesem höherprozentigen Lager nicht genügen, um die von der Verteilungsstelle gewünschte Strecke vorzutreiben. Es müßte also das Werk entweder bei dem minderwertigen Lager bleiben, oder von dem höherwertigen einen Teil der geförderten Salze auf die Halde werfen. Beide Möglichkeiten kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben. Die Voraussetzungen für das Provisorium können

sich so ändern, daß nur eine Änderung der Quote dem Zweck entsprechen kann.

Das Gesetz sagt in § 12, daß die provisorische Quote in der Höhe zu bemessen sei, daß sie eine ordnungsmäßige Aufschließung und Vorrichtung der »Lagerstätte« gestatte. Also »Lagerstätte«, nicht »Lagerstätten«. Heißt das nun: der ersten Lagerstätte, die im Schachte angetroffen wird? Das wäre doch eine merkwürdige Abhängigmachung reeller Dinge vom Zufall, die um so weniger vom Gesetz gewollt sein kann, als später gerade die besseren Lager kommen können und das Gesetz doch die Aufschließung der besseren Lager mehr wünschen muß, als die der schlechteren. »Lagerstätte« im Sinne des § 12 muß also diejenige sein, die das Werk selbst zu seiner Aufschließung bestimmt, um nachher in den rationellen Betrieb überzugehen, die sie also definitiv abbauen will. In diesem Lager muß sie 2000 m aufschließen. Wenn das Werk also die ältere Lagerstätte, für die es zunächst seine Quote erhalten hat, liegen läßt und die neue in Angriff nimmt, so muß es offenbar eine neue Quote erhalten, weil es sonst nicht in der Lage ist, diese Stätte aufzuschließen. Es muß also die Quote im Provisorium erhöht werden. Ein Mißbrauch seitens des Werkes ist nicht zu befürchten, weil ja die provisorische Frist zwei Jahre Minimum beträgt, in dem neuen Lager 2000 m aufgetrieben werden müssen und jedes Werk doch das Bestreben hat, aus dem Provisorium in das Definitivum zu gelangen.

Man wird also nach dem Zwecke des Provisoriums verlangen müssen, daß die Verteilungsstelle die provisorische Quote noch im Provisorium auf Antrag erhöhen kann.

Natürlich nur auf Antrag, nicht von Amts wegen; und damit ist auch gegeben, daß eine Verringerung der Quote innerhalb des Provisoriums nur durch die bekannte Umrechnung eintreten kann. Eine völlige Entziehung der provisorischen Quote von Amts wegen muß nach Analogie vom § 17 Abs. 2 als möglich zugegeben werden. Die anderen Änderungsfälle bei der definitiven Quote, die sich aus § 18 ergeben, kommen beim Provisorium nicht in Frage.

Aus dem Umstande einerseits, daß das Gesetz bei der definitiven Quote die Ausnahmen für die Abänderung ausdrücklich feststellt, und damit das Prinzip der Unabänderlichkeit für die fünf Jahre indirekt anerkennt, und aus dem Umstande andererseits, daß das Gesetz

bei der provisorischen Quote keine solche Ausnahmen aufstellt, muß geschlossen werden, daß nach dem Gesetz eine Variierung des Verwaltungsaktes der Verteilungsstelle möglich ist; zum mindesten ist zuzugeben, daß das Gesetz diese Variierung nicht direkt verbietet. Der Sinn und der Zweck des Provisoriums erheischt aber solche Abänderung, von der natürlich nur bei klar gelagerten Fällen Gebrauch gemacht werden wird.

Die Verteilungsstelle sucht sich im Fall Hadmersleben II selbst zu entschuldigen. Sie sagt, die von uns charakterisierten unerfreulichen Folgen könnten von den Werken durch den gestatteten Quotenzukauf vermieden werden. An diesen »Zukauf« hat aber der Gesetzgeber niemals gedacht. Er widerspricht auch ganz dem Zweck des Provisoriums. Das Gesetz wünscht, daß innerhalb von zwei Jahren bestimmte Felder vorgetrieben werden. Nach dem Auswege der Verteilungsstelle braucht ein Werk überhaupt gar nicht auszubauen, sondern kann direkt beliebige Mengen Kali hinzukaufen, oder sich damit begnügen, seine Quote zu verkaufen. Der Gesetzgeber will aber, daß das Werk in Ruhe seine Aufschlüsse macht und mit dem eigentlichen Abbau erst beginnt, wenn die definitive Quote erlangt ist. Man kann aus diesem Vorschlage der Verteilungsstelle zunächst das Zugeständnis der Stelle erkennen, daß eigentlich die Quote im Provisorium erhöht werden müßte, zugleich aber die Verlegenheit der Verteilungsstelle, wie dieses auch von ihr als richtig anerkannte Resultat zu erreichen sei. Einfacher, mit dem Gesetz nicht unvereinbar, dem Zwecke des Provisoriums allein entsprechend aber ist der andere Weg: die Änderung der Quote innerhalb des Provisoriums.

Principium doctoris.

Von

Eugen Rosenstock.

DOCTOR juris, Lehrer des Rechts, ist heute der Titel, durch den der Lernende sich den Abschluß seiner akademischen Lehrzeit bezeugen läßt. Im wesentlichen rückwärts gewandt ist so die Bedeutung des Doktorgrades; wenn er auch noch nicht zu einem bloßen Titel verblaßt ist, so doch zu einem titulus. Die Riten, unter denen sich der Erwerb vollzieht, entsprechen fast allenthalben dieser Bedeutung als Abschlusses des Studiums. Auf die Prüfung wird allein Gewicht gelegt. Die Zeremonien der Aufnahme, des Eintritts in eine neue Stellung verblassen immer mehr. Diesen Verfall voraussehend, hat Huschke vor 40 Jahren die Gebräuche der Breslauer Juristenfakultät bei der Verleihung der Doktorwürde aufgezeichnet und nicht ohne tiefere Bedeutung in die Zeitschrift für Rechtsgeschichte einrücken lassen[1].

Die Besteigung des Katheders steht auch in diesem Zeremoniell noch im Mittelpunkt der Feier. Doktorkuß, Überreichung des Buches und jener Doppelschwur auf das geöffnete und geschlossene Buch bezeugen wie ehedem, daß der Eintritt in die Gefilde der Wissenschaft als eine Verpflichtung fürs Leben angesehen wird. Wir finden keine wesentliche Veränderung, wenn wir ins 15. und 16. Jahrhundert zurückblicken. Auch hier tritt uns ein großer Reichtum an Formen entgegen; die Mannigfaltigkeit geht aber mit Spielerei und Willkür Hand in Hand. Nicht weniger als acht Symbole führt Petrus Lenaudier in seinem Traktat vom Doktorate an[2]. Heterogene Bestandteile haben sich miteinander verbunden. Zum Beispiel empfängt der Doktor auch einen Gürtel, in völliger Nachahmung des cingulum militare; die Feier ist so buntscheckig, daß wir auch hier schon den weiten Abstand vom Ursprungszeitalter deutlich, ja peinlich empfinden, von diesem Zeitalter, in dem diese Gebräuche nicht bloßer Aufputz, sondern unentbehrliche Festlegung des rechtlichen Vorganges selbst waren.

Manche dieser Sitten tragen freilich einen so idealen Anstrich, daß sie in einen notwendigen Zusammenhang anscheinend kaum gerückt

---

[1] Z. f. RG. VIII (1869), S. 309 ff. Vgl. auch J. G. Fichte, Werke VIII (1846), 216.

[2] Petri Lenauderii Cadomensis de privilegiis doctorum. Tractatus Jurisconsultorum XVIII (1584), S. 4 ff.

werden können. Dazu wird man zum Beispiel den Schwur auf das Buch rechnen wollen, auf das offene, daß man die Schrift fleißig lesen, auf das geschlossene, daß man über das Gelesene nachdenken wolle.

Aber selbst dieser Schwur, so früh wir ihn bezeugt finden[1], hat vielleicht einen anderen in sich aufgenommen oder verdrängt, der anfangs einen sehr realen und unmittelbar wichtigen Zweck verfolgte. Um dies zu erkennen, müssen wir freilich weit zurückgehen. Selbst die Glossen des Johannes Andreae zur zweiten Clementine des fünften Buches, die für alle späteren den Ausgangspunkt der Erörterung gebildet haben, können dafür nur noch bedingten Wert beanspruchen, schon deshalb, weil der große Dekretalist sich zu kurz faßt. Immerhin entnehmen auch wir ihm eine erwünschte Angabe. Johannes sagt nämlich, daß die Doktorriten verschieden seien nach Namen wie Art an den verschiedenen Orten[2]. Er, kraft Privilegs Bologneser Bürger und Doktor, nennt das Examen: accipere insignia doctoratus. Die Franzosen hingegen nennen es principium doctoratus. Ferner gibt er an, daß als »insignia« nur Katheder und Doktorhut in Bologna galten, wie er ausdrücklich bemerkt, zum Unterschied von anderen Universitäten.

Versuchen wir, mit ein paar Strichen die Vorgeschichte des Doktors bis auf Johannes Andreae festzulegen.

Nur Papst und Kaiser vermochten eine »Universität« zu gründen. Paris und Bologna sind es, die für alle übrigen Universitäten des Mittelalters zum Muster gedient haben[3]. Die grundlegende Verschiedenheit ihrer Verfassung ist hinreichend aufgehellt worden. Auch hinsichtlich der Doktorwürde ist ein Gegensatz unverkennbar. Die Pariser nennen sich bis in späte Zeiten nur »magistri et scholares Parisienses«. Auch

---

[1] Vgl. z. B. Joachimsohn, Gregor Heimburg 1891, S. 303.

[2] Clem. V, 1, 2 mit der Glosse lautet: »Cum sit nimis absurdum ut quis cum vanitate et imperitia ad honorem ascendat peritiae litterarum, non sine turbatione miramur illum apud scholasticos inualuisse abusum, quod plerique eorum qui in quavis scientia ad doctoratus vel magisterii assumuntur honorem, cum sua sollemniter principia* faciunt aut sui recipiunt insignia** doctoratus, circa cibos vestes et alia sic in expensis excedunt . . .«

[3] Denifle, Geschichte der Universitäten, Bd. I, 1885.

---

* Ita loquuntur quidam in studiis quibusdam ultramontanis.

** Ita loquimur nos. Et ista insignia sunt cathedra birretum; apud aliquos liber, annulus, osculum. Vgl. die Glosse zu »doctoratus« ebenda.

der Lehrkörper für sich bezeichnet sich als communio magistrorum[1]. Die Folge ist, daß nach Angabe der Italiener alle ultramontani statt Doktor Magister zu sagen pflegten[2].

Wann ist nun auf den beiden Hochschulen das Examen geregelt worden? Genauere Angaben fehlen über die Ausbildung von Brauch und Gewohnheit der Natur der Sache nach, aber gewisse Rückschlüsse erscheinen möglich[3]. So ist gleich die Entfaltung der Bedeutung des Katheders beachtenswert. Soweit ich es beurteilen kann, wird erst von Stephan von Tournai († 1203), von Eberhardt von Bethun (um 1212), in einem Briefe von etwa 1180 usw. das Katheder als Inbegriff eines öffentlichen wissenschaftlichen Lehrstuhls verwendet[4]. Bis dahin ist die Cathedra vielmehr Privileg der Bischöfe. Zur gleichen Zeit müssen Gebühren, das heißt aber auch Riten, für das Ergreifen des Lehrerberufs zuerst eingeführt worden sein[5]. Papst Alexander III. untersagt den Bischöfen Frankreichs, aus der Erteilung der venia legendi Kapital zu schlagen. Dieser Grundsatz der Gebührenfreiheit ist von den Päpsten bis in die Mitte des 13. Jahrhunderts den Universitäten, wenn auch vergebens, eingeschärft worden[6]. Alexanders Schreiben dürfte aber mit Recht ziemlich als das erste seiner Art zu betrachten sein.

---

[1] Chartularium studii Pariensis I (1889), S. 67 Nr. 8, 1208/9.

[2] Toulouse wird ohne »doctores« gegründet. Vgl. M. Fournier, Les Statuts et Privilèges des Universités françaises depuis leur fondation jusqu'en 1789 I (1890), S. 437—458 Nr. 502—535. Vgl. S. 90 Anm. 2 und Lenaudier a. a. O. II, S. 27.

[3] Meines Wissens ist bisher genaues über die Chronologie dieser Entwicklung nicht festgestellt worden. Bekanntlich sind die ältesten nachweisbaren Statuten Bolognas aus Accursius Zeit völlig verschollen, und wir besitzen nur die von Denifle in Preßburg entdeckten aus der Zeit des Johannes Andreae. S. Denifle, Archiv für Literatur- und Kirchengeschichte des Mittelalters III (1887), S. 196 ff. Die älteren Schriftsteller identifizieren natürlich skrupellos die antiken Gelehrten mit der mittelalterlichen Doktorzunft. Ein ergötzliches Beispiel dessen ist die in der Paulinerkirche zu Leipzig 1734 vorgetragene Doktorrede des Gottfried Siber de Antiquitate doctoratus theologici.

[4] Vgl. Ducange-Favre s. v. cathedra. Dazu die Verse aus Bremen »Artes statim didicit et ut has doceret | Magister effectus est-nemo qui doleret. | Dum legem in cathedra primum doctoraret | Prebenda transmissa est«. Chartularium Univ. Paris. I pars introductoria Nr. 45 S. 45 (1176—1192): »magistro Simoni, viro inter scolares cathedras egregio.«

[5] Chart. Univ. Paris. I, Nr. 4 S. 4 f. über das »regere studia litterarum« an alle gallischen Bischöfe.

[6] Denifle, Archiv f. Lit. u. Kirchengesch. IV (1888), S. 244, Nr. 3 1252 Januar 13 Innozenz IV. an Bologna: »eapropter ut nullus ab illis Scolaribus Bononiensibus,

Andererseits wird nun in der Mitte des 13. Jahrhunderts sowohl das Pariser wie das Bologneser Examen als eine völlig abgeschlossene und eindeutig feststehende Zeremonie erwähnt[1]. Damit ist die Zeit von 1160 bis 1240 als die der Ausbildung der Examensformen wahrscheinlich gemacht. Immerhin nur für Paris und Bologna selbst. In Oxford kann es noch um 1250 geschehen, daß Leute ohne Examen als Lehrer auftreten[2].

Mit alledem ist schon gezeigt, daß die Besteigung des Katheders, d. h. die Eröffnung der eigenen öffentlichen Lehrtätigkeit, den wichtigsten Umstand des Doktorats bildet. Die Prüfung, die vorangeht, soll also nicht nur den Studiengang abschließen, sondern weist nach vorwärts, auf den Beginn des Lebenslaufes des Gelehrten.

So sehr ist das im Anfang der Fall, daß der Doktor keineswegs zunächst eine allgemeine an jedem Orte wirksame Berechtigung bedeutet. Paris und Bologna nehmen vielmehr einen Rang gleichsam als Oberhöfe der übrigen Universitäten ein[3]. Die Pariser Hochschule läßt demnach noch viel später kraft ausdrücklichen Privilegs keinen auswärtigen Doktor zu. Umgekehrt waren natürlich kleinere Universitäten zur Anerkennung des Pariser Doktors eher geneigt. Wenn also das Doktorat eigentlich das Debut als öffentlicher Lehrer bedeutet, so versteht es sich, daß man diesen Akt technisch als principium oder auch inceptio bezeichnen

---

qui cathedram ascendere voluerint magistralem, aliquid exigere vel extorquere presumat, auctoritate vobis praesentium indulgemus.

[1] Chartul. Univ. Paris. I, 211 Nr. 179, 1248; 226 f. Nr. 200, 1252; Fournier Statuts II, 13 Nr. 895 1268 Juli 10: Clemens IV. erklärt, daß Wilhelm, »Professor« (!) in Montpellier »ad magistri gradum aspirans, quia id Bononiae propter dissensionem inter dilectum filium archidiaconum Bononie ex parte una, et scolares inibi studentes ex alia super creatione doctorum exortam, non poterat obtinere, ad nos recursum habens, super hoc ... remedium ... postulavit«. Der Papst überträgt dem Notar Bernhard das Recht »eum juxta formam in talibus consuetam diligenter examinans, . . . sibi licentiam in eodem jure ubique docendi auctoritate nostra concedere et cetera in hiis solita sollempnia consumaret. Dictus vero notarius primo pluribus doctoribus ... convocatis, exacte tam private quam publice ipsum examinans, sibi eorundem doctorum aspirante consensu, licentiam in eadem civili sapientia docendi ubique ac postmodum librum juxta morem in hiis hactenus observatum, tradita sibi a nobis auctoritate, concessit«.

[2] 1246 Mai 20, Innozenz IV. an Großeteste, B. v. Lincoln, daß in Oxford »nonnulli passim absque examinatione cathedram presumant ascendere magistralem«. Er verordnet, »ut nullum ibi docere in aliqua facultate permittas, nisi qui secundum morem Parisiensem . . . examinatus fuerit et etiam approbatus«. Chartul. studii Paris. I, 189 Nr. 154.

[3] Über den »Oberhof« im MA. vgl. A. S. Schulße, Privatrecht u. Prozeß I 1883, S. 128 ff.

konnte[1]. Dieser Ausdruck wird, wie erwähnt, auch von Johannes Andreae als der in Frankreich übliche anerkannt. Man muß freilich eine allgemeine Bedeutung davon wohl getrennt halten. Denn Incipere heißt einmal jeder Kolleganfang überhaupt. Wie die dreiteiligen Formeln im Mittelalter zur Betonung vollständiger Ausführung auch sonst dienen — ich erinnere an die bekannte des »going, staying and returning« —, so muß sich ein neu angestellter Professor verpflichten, in jedem Semester sein Kolleg über die Dekretalien von A bis Z zu lesen, »incipere, mediare et finire[2].

Incipere heißt dann im besonderen der Lehranfang eines neuernannten Lehrers. Hierbei ist die Art seiner Vorbildung zunächst nebensächlich. Der Ausdruck Inceptio begegnet schon früh in der alten Ärzteschule Montpellier, entsteht also nicht nur an den »Universitäten«[3]. Die ältesten Dokumente, die über die Universität Bologna existieren, beziehen sich fast alle auf das incipere seitens der domini legum. Wer immer nämlich anheben wollte, in Bologna zu lehren, mußte dem Podestà schwören, die Verlegung der Universität aus Bologna nach Kräften abzuwehren[4]. Auch in Montpellier muß der neue Lehrer einen Amtseid

---

[1] Einiges über Principari, und principiens = doctorandus bei Ducange-Favre VI (1886), 504; ferner Fournier, Revue Internationale de l'Enseignement 23 (1892), 351. Derselbe, Statuts I, 289 Nr. 396 § 37 (1373 Angers): »debent omnes bidelli habere chirotecas et cucufas a quolibet incipiente, etiam doctore actuque regente et etiam licentiando in studio prelibato; et debent illa die qua incipitur, discurrere cucufati.«

[2] M. Fournier, Statuts II, 740 Nr. 1570 für Alais 1290: doctor decretorum promisit . . . incipere mediare et finire bene et fideliter . . . dictum librum [Decretalium].

[3] Fournier, Statuts II, 5 Nr. 882, 1220 (!) für die Medizinische Fakultät: Scolaris sub eo incipiat magistro, cuius continue ante inceptionem suam fuerit scolaris, ad minus per unum mensem. Precipimus quod tota presens pagina in singulorum magistrorum inceptionibus publice recitetur, nec celebretur inceptio alicuius magistri, nisi presens pagina tota in audientia prius recitetur communi; nec etiam pro magistro habeatur incepturus, nisi prius in medio juret super sancta Dei evangelia se observaturum omnia.« Vgl. Denifle, Archiv III, 389.

[4] Chartularium studii Bononiensis I (1909), Nr. 6, Nr. 8, Nr. 9, Nr. 17 (1198—1216). In Nr. 34 S. 33 von 1220 heißt es: Bonifacius di Buonconsiglio »volens regere studium legum, corporaliter iuravit coram predicto domino Frasso judice potestatis ita observare et facere ut in statuto de dominis legum continetur«. Und im nächsten Jahre 1221 (Nr. 39 S. 35): »Benedictus de Benevento, legum doctor . . . iuravit . . . obseruare ea omnia que potestas Bononie, scilicet dominus Guiffredus de Pirovalo tenebatur eum facere iurare, sicuti in statuto communis Bononie continetur de dominis legum qui incipiunt de novo legere studium legale in Bononia.«

leisten. Wir sehen also, daß eine Vereidigung hier vor dem Beginn der Lehrtätigkeit gefordert wird, ganz abgesehen von der Art und Weise des voraufgegangenen Studiums. Sie dient dazu, den Lehrer zur Wahrnehmung gewisser konkreter Pflichten zu zwingen. Von hier aus können wir nun leicht verstehen, wenn in einem letzten eingeschränkten Sinne das Doktorexamen selbst in seiner Totalität principium genannt wird und wenn zu diesem principium eine Vereidigung des Doktoranden gehört [1]. Das ist keine ideale Verpflichtung zu wissenschaftlicher Forschung, sondern das Gelöbnis, pflichtmäßig dem Bischof der Universität Rechtsgutachten zu erstatten, oder gewissenhaft Auskunft über die Qualitäten der Examinanden zu erteilen, oder sich den Beschlüssen des Lehrkörpers unterzuordnen und wie die Bestimmungen an den verschiedenen Universitäten sonst lauten.

Weil das principium also den Anfang des Dozierens bedeutet, muß nach bestandenem examen privatum et publicum erst dem Herrn der Universität oder auch dem Lehrkörper eine eidliche Garantie gewährt werden, muß dann der Doktor das Katheder besteigen, und aus dem Rechtsbuch, in dem er jeweils doktoriert, eine lex interpretieren. »Dum legem in cathedra primum doctoraret« gelangt er in die Gewere seines Berufs [2].

Mit diesen kurzen Bemerkungen sollte nur Anfang und Ende der Geschichte des Doktorexamens hinreichend deutlich gekennzeichnet sein, damit wir uns jetzt einem solchen einzelnen principium zuwenden können, das mitten in dieser Entwicklungsgeschichte darinnen steht [3].

---

[1] 1306 für Orléans; Fournier, Statuts I, 13 Nr. 20: »Doctores autem decretorum et legum, quando incipient legere, prestabunt publice juramentum« (daß sie über alle Kandidaten Auskunft geben wollen), ebenda II, 306 ff. Nr. 1244. Bonifaz gründet Avignon 1303: »Sane, ut rite in jamdictis examinationibus procedatur precipimus ut magistri regere in eodem studio cupientes, antequam incipiant, prestent publice juramentum.«

[2] Siehe oben Anm. 4 S. 91.

[3] Es steht in dem etwa zehn verschiedene Stücke enthaltenden Miszellankodex Ms. lat. Paris. 4489 aus dem Anfang des 14. Jahrhunderts f. 107. Die Handschrift ist beschrieben im Catalogus codicum manuscriptorum bibliothecae regiae III, 1744, S. 596 b. Erwähnt wird sie von Savigny, Geschichte des römischen Rechts im M. A. III^{2}, S. 214. Schon er vermutet Bologneser Herkunft, was durch Zeile 66 gestützt wird. Ich verdanke den Hinweis auf sie und die Anfertigung einer Photographie Hermann U. Kantorowicz. Ich habe ihm an dieser Stelle nicht nur hierfür, sondern für mannigfache Mitteilungen, die er zu diesem Aufsatz beigesteuert hat, herzlich zu danken.

Es ist eine Doktorrede, die vor der Wende des 13. und 14. Jahrhunderts verfaßt worden sein muß. Indem wir sie im Wortlaut veröffentlichen, mag sie das Bild des mittelalterlichen Doktorexamens in unmittelbarerer Weise zu beleben suchen, als das dem bloßen Berichte möglich ist.

Einige erläuternde Bemerkungen seien vorausgeschickt. Die Rede bezeichnet sich selbst als principium; sie ist aber nicht etwa wie das echte alte principium die erste Interpretation einer lex des Kathederneulings. Sie gehört schon einem späteren Entwicklungsstadium des Examens an, in dem zwar formal das principium seine alte Rolle weiterspielt, faktisch aber der Examensabschluß schon das wesentliche geworden ist. Wir haben uns also die Rede nach der Eidesleistung, aber vor der Überreichung des Buches gesprochen zu denken. Mit Recht wird daher dieser kurze Vortrag in Montpellier nicht als principium, sondern als propositio schlechtweg bezeichnet. Er ist eben nur ein Ausschnitt aus der Gesamthandlung des principium. Dem Brauche gemäß fand der Akt in einer Kirche statt. Das Principium gab in manchen Universitäten Ferien, in Bologna z. B. hingegen nicht. Sinnig tritt uns das mittelalterliche Gefühl für eindrucksvolle Feierlichkeit in der Form entgegen, daß die Kollegs des Tages bis zum Glockenzeichen fortgeführt werden, und dann unmittelbar von der Tagesarbeit fort Lehrer und Schüler sich zu der Feier hinüberbegeben. So versammelt sich noch heute das Unterhaus zur gewöhnlichen Sitzung, bis der Herold verkündet, daß des Königs Majestät zu seinen Gemeinen vom Thron herab zu sprechen wünsche, und zieht erst dann in paarweisem Zuge ins Oberhaus hinüber. Bei dem Zuge zum Doktorexamen war es sehr beliebt, daß der Prüfling in glänzender Kavalkade einherritt, ein Luxus, gegen den die Statuten der Universitäten oft genug eifern[1].

[1] Ich führe eine Beschreibung aus Montpellier von 1339 an, die Fournier, Revue Int. de l'Enseignement 23 (1892), 350 ff. gedruckt hat. Art. XIX: De modo doctorandi solempne principium faciendi. Item ut ordo et forma debiti in solempnibus doctorum principiis observentur, . . . ordinamus quod cum dies publice examinationis advenerit, doctores utriusque juris, more solito, intrent de mane ad ordinarias lectiones et circa mediam tertiam pulsetur Universitatis campana; et exeant statim doctores et tunc baccalarius doctorandus, pede semper et sine equis et simpliciter sine tubis una cum doctore suo [representanti] et aliis qui eum voluerint honorare, ad quem associationis honorem se omnes scolastici reddant promptos, vadat ad

Über den Inhalt der Rede ist zu sagen, daß sie leider nicht hält, was sie verspricht. Sie verspricht uns nicht weniger als die pragmatische Erläuterung des Doktorexamens selbst. Der Doktorand will die rechtlichen Grundlagen eben des principium doctoris untersuchen. Also in doppelter Hinsicht, als Gegenstand wie als Auctor unserer Betrachtung ist sie von Interesse. Wie dankbar wären wir ihm für einige genaue Angaben. Statt dessen werden wir mit drei kurzen Absätzen abgefunden. Zunächst bemüht er sich, den zeremoniellen Hergang bei der Prüfung als legitimen Brauch aus dem Corpus juris zu rechtfertigen. Er unterliegt bei diesem Verfahren nur dem allgemeinen Anknüpfungsbedürfnis des Zeitalters an die Antike. Hatte man sich doch in Bologna nicht wenig über das harte Urteil des Kodex über alle privaten Schulen beunruhigt[1] und deshalb sich nicht eher zufrieden gegeben, als bis man in der Mitte des 13. Jahrhunderts ein (gefälschtes) Diplom des jüngeren Theodosius über die Gründung Bolognas vorweisen konnte[3]. Glich man sich so dem römischen Recht an, so mußte umgekehrt auch das römische Recht den modernen Doktoren gefällig sein. Bekanntlich haben alle mittelalterlichen Handschriften in den Kodex ein Steuerprivileg für die doctores legum interpoliert[3]!

---

ecclesiam . . . ad quam, dicta hora, doctores baccalarii et scolares debeant convenire; in qua ecclesia ad publicam examinationem et dandam licentiam ad faciendum solempne principium et recipiendum insignia doctoratus . . . procedatur ... Cum autem doctorandus ad dictam ecclesiam ... venerit, et studentes ibidem fuerint congregati, leget doctorandus unam legem de libro qui ordinarie illo anno legetur, vel unum decretum sine longa tituli continuatione et alia prefatione ad essentialem legis vel decreti materiam descendendo. Qua lecta, surgunt volentes arguere, argumenta a doctorando prestita nullatenus facientes.« Nun handelt der Doctor repraesentans »dando sibi licentiam legendi regendi docendi repetendi disputandi et omnes actus doctorales agendi in dicto studio et ubique terrarum. Quo peracto dictus licentiatus cum propositione debita precedente a doctore suo petet insignia consueta, videlicet cathedram librum birretum osculum et benedictionem, que incontinenti doctor cum aliqua alia etiam propositione sibi publice exhibebit; et hiis actis doctoratus tanquam novus doctor incipiet legem unam legere vel decretum et casu proposito cum doctore suo ibit ad altare predictum, oblationem et orationem aliquam faciendo et per hoc solempnitas principii terminetur.« Ebenda 360 A. 1, 362 A. 1.

[1] Wie es in Codex XI, 19 (8) niedergelegt ist.

[2] Vgl. Hessel, Geschichte d. St. Bologna, 1909, 435 f. Johannes Andreae ad Clem. V, 1. Glosse »Bononiens: hoc constat quod Bononia habuit privilegia studii a Theodosio; minore tamen intelligo ... quo tamen anno sui imperii haec concesserit, non percipio.«

[3] Seckel bei Heumann, Handlexikon [9] (1907), 156a; Cod. X, 53, 6.

Der Redner wendet sich dann an seinen doctor repraesentans oder comitivus, unter dessen Auspizien er zum Examen geschritten war und preist seine Verdienste. Schon der baccalarius mußte sich an den meisten Universitäten förmlich verpflichten, sich nur von einem »doctor actu regens« zum Examen repräsentieren zu lassen, und es hat an vielen Orten schwerer Kämpfe bedurft, bis das Professorenkolleg sich vor jedem Übergriff des Universitätsherrn und auswärtiger Doktoren gesichert hatte[1].

Der Kandidat bittet zugleich seinen Doktor um die Übergabe des Buches. Man glaube aber ja nicht, daß damit das Buch selbst Eigentum des Kandidaten geworden wäre. Dazu waren Bücher damals viel zu kostbar, so kostbar, daß viele Statuten eigene Bestimmungen enthalten, zum Besitz welcher Bücher der Doktor verpflichtet sei.

Am Ende vergleicht der Redner das Doktorexamen mit dem Ritterschlag. Wie gern würden wir die Corpus juris-Belege der ersten beiden Teile, flüchtig und entstellt, wie sie sind, uns gefallen lassen, wenn der Redner hier der reizvollen Parallele einigermaßen nachgegangen wäre. Leider begnügte er sich auch hier mit oberflächlicher Andeutung. Es ist wohl zu beachten, daß er des Ritterschlages nicht gedenkt, so wenig wie des mit diesem doch vergleichbaren Doktorkusses. Sollte er damals an jener Universität nicht üblich gewesen sein? Noch seltsamer ist es, daß er den Empfang des Schwertes vom Altar in der Kirche nach durchwachter Nacht bei der traditio libri oder

---

[1] Fournier, Statuts I, 16 Nr. 23 Orléans 1307: »Juramentum licentiandorum. Ergo juro quod si contingat me incipere in jure canonico uel civili, incipiam sub doctore meo qui me scolastico presentabit, si ipsum commode habere potuero, et non distet ultra duas dietas, nisi de voluntate ipsius processit et assensu. Et tunc scilicet quando non possem habere doctorem meum, ego juro incipere sub doctore actu regente in studio Aurelianensi. Cf. § 10 S. 21. Die Doctores juris von Ayres appellieren wegen ihres Examenrechts 1350 Fournier I Nr. 381 S. 273 f. »... dicimus quod nos, diu est, fuimus debite in doctores creati et loca fuerunt nobis assignata legendi et regendi ordinarie in decretis et legibus respective, et diu reximus ... et quod de statutis ipsius studii ... continetur, quod quando aliquis in dicto studio incepit et incipit in legibus et decretis doctorari, sub scholastico ... ut sub regente actu in predicto studio incipere dicitur et tenetur, vel sub eo tantum sub quo meruit licentiam obtinere et non alio, quodque sic a viginti, trigenta, quadraginta, quinquaginta, sexaginta annis ac etiam a tanto tempore et per tantum tempus de cuius hominis memoria non existit, fuit et est consuetum.«

der Erörterung des kirchlichen Charakters nicht heranzieht[1]. Selbst die von späteren unermüdlich zitierte Kodexstelle, daß auch der Jurist ein wahrer Ritter und Kämpe wie der Krieger sei, läßt er sich entgehen[2]. Flüchtig und kurz wie die Rede mag eben auch die Vorbereitung auf sie gewesen sein. An geistvollen Gesichtspunkten hat es dem Redner nicht gemangelt. Eine umfangreiche Ausarbeitung wurde aber offenbar nicht erwartet. Das zeigt auch der Zuschnitt eines anderen uns überlieferten principium, und zwar eines Dekretisten, das überhaupt nur aus schönen Redensarten besteht[3].

Charakteristisch erscheint auch die Tatsache, daß man — scheinbar zur Ersparung der großen Kosten — vorübergehend eine Erteilung der Insignien »in secreto« in Bologna einführte[4]. Jedenfalls also schon vor 1300 ist das eigentliche incipere, die akademische Antrittsvorlesung, bestehend in der Interpretation einer lex, ganz zurückgetreten hinter die der Verleihung des Buches vorausgehenden Zeremonien und Ansprachen. Das Doktorexamen ist schon damals nichts als die Form des akademischen Ritterschlages ohne unmittelbare Kriegsdienstpflicht. Aber noch heute bedarf es nur des rechten Doktoranden, und das principium doctoris bedeutet wie ehedem zur Zeit seines Ursprungs die Schwertleite eines glänzenden Ritters des Rechts und den Anfang einer glorreichen Tätigkeit durch ein halbes Jahrhundert.

---

[1] Ein Brauch, der ausführlich schon in des Johann v. Salisbury († 1180) Polycraticus VI, cap. 7—9 (Migne Patrol. lat. 199, 599 ff.) geschildert wird. Vgl. Roth v. Schreckenstein, Die Ritterwürde und der Ritterstand 1886, S. 209.

[2] Cod. II, 7, 14: »Advocati qui dirimunt ambigua fata causarum, suaeque defensionis viribus in rebus saepe publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigata reparant, non minus provident humano generi quam si proeliis atque vulneribus patriam parentesque salvarent. Nec enim solos nostro imperio militare credimus illos qui gladiis clypeis et thoracibus nituntur, sed etiam advocatos.« Das Zitat war freilich erst passend, seitdem Doktoren in großer Zahl als Richter und Anwälte tätig waren.

[3] Ms. lat. Paris. Nr. 4569 fol. 121—122; Überschrift: »principium pro bacall. in decretis.

[4] Es ist eine Bestimmung, die sich nur in den ältesten Bologner Statuten findet; die Rubrik lautet: »De recipiente librum secreto. Magisterii librum seu doctoratus insignia recipiens in secreto . . .« Denifle, Archiv f. Lit. u. Kirchengesch. III, 343.

[A r r e n g n a] prout licentiatus facit principium et petit librum.

Quia omne datum optimum et omne donum perfectum desursum est decedens a patre luminum, ut in auth. ut lib. de cet. non in VI. collatione circa principium, et quia eventa bene geruntur, si principium sit decens et amabile deo ut in auth. quomodo oportet e. in prin., idcirco mente ad dominum elevata et occulis ad celum erectis ab quelibet facere volente exoretur divina potestas ut ipse dignetur, quod huius libri receptio et cetera solempnia que hic agentur, sint ad sui sanctissimi nominis laudem, ad bonum rei publice statum et ad iusticie conservationem in terris.

Et quod a venerando domino meo et doctore tali sum petiturus benedictionem et librum, idcirco super hac libri porrectione petitione et traditione ad presens mea intentio conquiescat, ut ego declarem, unde veniat huius libri traditio et quid operetur et quare fit sub aspectu cleri et populi pocius quam in camera vel in scolis. Et quidem huiusmodi libri traditio est sola consuetudine adinventa non lege aliqua impetrante, sed huius consuetudo confirmatur legum validissimis argumentis. Et enim nemini venit in dubium, quod officium doctoratus et dignitas sit et munus. Sic enim a iure vocatur Cod. de profes. et me. l. magistros, ibi dum dicit: »quis ergo docere vult, non repente prosiliat ad hoc munus.« Unde et videmus, quod habent iurisdictionem contentiosam ut in prohe. ff. ultima columpna, et post certa tempora dignitate comitis inde honorantur ut C. de profes. qui in ur. Con. l. 1. Si ergo est dignitas, ut probavi, rationabilis est consuetudo, que vult hec in eius collatione servari que in aliarum servantur delatione digni-

---

1 Arrengna *von anderer Hand.* — 3 Nov. 78 praef. *lautet nur:* »... omnes invitamus dei timorem in sensibus accipere et invocare eius placationem.« 6. Nov. (I, 6) 6: »[Maxima quidem in hominibus sunt dona dei a superna collata clementia] ... Bene autem universa geruntur et competenter, si rei principium fiat decens et amabile deo.« — 9 bonum *vermutet Kantorowicz*; nostrum *Cod.* — 11 *vor* argumentis *ist* documentis *getilgt.* — 19 Cod. X, 53, 7, 1: »... iubeo, quisquis docere vult, non repente nec temere prosiliat ad hoc munus, sed iudicio ordinis probatus decretum curialium mereatur, optimorum conspirante consensu.« — 21 prosiliam *Cod.* — 22 Constitutio Omnem § 10: »Et haec omnia in hac quidem florentissima civitate vir excelsus praefectus ... tam observare quam v i n d i c a r e ... curae habebit; in Berytensium autem civitate tam vir clarissimus praeses Poenicae maritimae quam beatissimus eiusdem civitatis episcopus et l e g u m p r o f e s s o r e s.« — 23 Cod. XII, 15 de professoribus qui in urbe Constantinopolitana docentes ex lege meruerint comitivam.

tatum et honorum. Sic etiam legimus de omnibus administrantibus, quod non sufficiebat electio et approbatio facta de eis ad hec ut administrarent, sed post edictionem coram principe vel prefecto sacramentum personaliter debet prestare et ibidem codicillos et quedam specialia mandata debet suscipere et sic administrationem accedere ut in auth. ut iu. sine quoquo su. § sic igitur et de man. prin.; sic et in doctore non sufficit eum esse electum et approbatum, nisi ei actualiter administracio tradatur dando eidem mandata et librum. Et quod hec fiunt in conspectu cleri et populi, hoc non fuit sine misterio adinventum, licet conscilio suggerente. Nam traditur in lege quod sacratissimi episcopi citatio fiat sub aspectu cleri et populi, ut in omnium presentia constitutus qui ordinat omnia sollempnia et concurat, asserat in electo, quibus si veritas non concurrit, erubescat coram populo eligens vel dignitatem conferens et electus, ut in auth. quomodo oportet e. § id quoque. Quoniam naturalem et probabilem rationem ad huius magisterii collationem possum *numero adoptare*, petam quod tanti ponderis administratio in tantorum virorum presentia mihi actualiter tradatur, et, ut restat insinuata sensibus tot spectata occulis, sic sit omni perfectione repleta.

Servata ergo bona consuetudine ac usu laudato ad dominum et doctorem meum peto benedictionem et librum sic dicens: Ego vos dominum et magistrum et benefactorem — estis enim; ille enim dicitur magister qui rei de qua queritur magistrat ut ff. de ver. sig. l. magistros. At vos arti nostre taliter institistis quod factus estis magister omnium magistrorum. Vestre suavitatis hodorem persenserunt orientales tractus. De vobis sic descripsit Antoninus imperator: inter peritos in hac regia

---

[28] perfecto *Cod.* — [31] Nov. 8, 7. — [31] et *fehlt Cod.* Nov. 8, 7 und 17 praef. *Letztere lautet:* »placuit etiam omnibus iudicibus nostris ... non solum codicillos prestare sed etiam mandata dare quibus inspectis omnia gubernare laudabiliter possint.« — [33] quod *fehlt Cod.* — [34] hoc; *Kantorowicz hält für möglich,* quia *zu lesen.* — [35] sugerête *Cod.* — [37] et *fehlt Cod.* — Nov. 6, 1, 9 (litt. ant.): »Oportet autem in ipso ordinationis tempore eum qui imponit eam illi, coram omni fideli populo sanctissimae ecclesiae haec omnia praedicere, ut agnoscens eum omnia quae prius dicta sunt a nobis habere ad sacram eum deducat ordinationem ut etiam ille coram omnibus haec audiens non solum habet dei timorem, sed etiam coram omnibus denuntiationem et professionem erubescat.« — [40] [Quoniam] quam *Cod.* — [41] *—*? — [42] et *fehlt Cod.* — [43] sic *fehlt Cod.* — [47] [benefactorem (?)]; benefacô *Cod.* — [48] *Die einzige lex* Magistros *steht* Cod. X, 53, 7; *vgl. aber die lex* Magistratus Dig. 50, 17, 25. — [51] *lies:* rescripserunt Theodosius A. et Valentinianus (*im Jahre 425*).

urbe professionem suam exercentes si laudabilem vitam in se probis moribus esse monstraverint, si docendi fecundiam, si interpretandi subtilitatem, si copiam discernendi eos habere noverint, cum ad XX annos iugi observatione et sedulo docendi labore pervenerint, placuit honorari et vicharia dignitate connumerari, ut dicta lege C. de profe. qui in urbe Constant. l. I. l. XII. Vos *copiam dicendorum*, vos tamquam sidus inter alios radiatis, qui ex continuacione temporis solus estis qui comitivam meremini dignitatem. A tali ergo comite et doctore peto benedictionem et librum, ut dicam: A bone memorie domino ac patre nostro ita collectum invenio quod in perficienda milicia V principalia requiruntur: quod examinetur, item quod sacramentum prestet, quod ensis accingatur, quod istigmata imponantur, quod in matricula militum redigatur ut hec colliguntur in auth. de man. princ. § primo. At in me examinatio iam precessit; sacramentum prestiti ad postulationem domini potestatis. Restat ergo quod ensis accingatur et stigmata imponantur meumque nomen in doctorum matricula, ut rebus undique sit perfectum nostrum negotium omnique perfectione sit plenum. Per ensis accingitudinem intelligo libri traditionem cum benedictione secuta. Qui poterit dici ensis immo gladius bis acutus. Nam in eo continentur pene delictorum et premia bene agencium ut in tractatu de penis et de statu et y. ut virtutum. Per descriptionem nominis intelligo quod littera sonat, per stigmatorum impositionem vestra saluberima admonenda que libri traditione tradentur, que me polliceor servaturum; quibus integraliter observatis nostre rei publice fiat utilitas, et mecum conservantibus favorabilis et benignus, diviciarum multitudine copiosus, huius seculi felicitate repletus et post supremum vite exitum in eterna gloria valeam collocari, ad quam ille et me et vos perducat qui in signo crucis suo precioso sanguine nos redemit.

---

[52] probus *Cod.* — [53] lex unica Cod. XII, 15: »iuris peritos in hac regia urbe professionem suam exercentes et inter statutos connumeratos, si laudabilem in se probis moribus vitam esse monstraverint, si docendi peritiam facundiamque dicendi interpretandique subtilitatem copiam disserendi se habere patefecerint et coetu amplissimo iudicante digni fuerint aestimati, cum ad viginti annos observatione iugi ac sedulo labore pervenerint, placuit honorari et his qui sunt ex vicaria dignitate connumerari.« — [56] connumerati *Cod.* — [64] redigantur *Cod.* — [66] *Über den Eid an den Podestà vgl. S. 93 f.* — [67] stimata *Cod.* — [68] perfectus *Cod.* — [68] [omnia-]que *fehlt Cod.* — [70] [Qui] que *Cod.* — [73] stignatorum *Cod.* — [75] *lies etwa:* et ego mecum conversantibus fiam fav. etc., *so wenig passend die Gesinnung modernem Empfinden dünken mag.*

Stadtgemeinde und Kirche im Mittelalter.

Ein Beitrag.

Von

Alfred Schultze.

I.

STADT und Kirche im ausgehenden Mittelalter ist ein Kapitel, dessen sich die neueste Forschung mit steigendem Eifer annimmt[1]. In der Tat handelt es sich hier um geschichtliche Vorgänge von vielseitiger und weitreichender Bedeutung. Nicht bloß erweitert und vertieft sich dadurch der Blick in das reiche, gestaltungsfrohe Leben der deutschen Stadt des Mittelalters. Nicht bloß erschließt sich uns damit ein ganz eigenartiges Stück der Geschichte der alten Kirche und ihres Rechts; Karl Müller hat in seiner mit Recht als Mustertyp wirkenden Abhandlung über »die Eßlinger Pfarrkirche«[2] das späte Mittelalter geradezu »die bürgerliche Epoche des Kirchenwesens« genannt, und wir dürfen dies, freilich mit der nötigen Einschränkung auf das lokale Kirchenwesen, also als Teilüberschrift, und mit dem Vorbehalt starker partikulärer Verschiedenheit des Stärkemaßes, gelten lassen. Vielmehr arbeiten wir damit auch an der Vorgeschichte der neuen Kirche, besonders an der Aufhellung der Gründe für die Art und Weise der Ausbreitung der Reformation, für die Rolle, die darin bekanntlich den Städten und ihren Räten zugefallen ist. Und wir fassen ferner dabei das Gemeindeproblem des Kirchenrechts an seiner Wurzel.

Ihre stärkste geschichtliche Wurzel hat in der Tat die als Körperschaft im Rechtssinne kirchlich tätige Laiengemeinde in dem kirchlichen Wirken der spätmittelalterlichen Stadtgemeinde. Hier erfolgte der genossenschaftliche Einbruch großen Stils in die hierarchische Anstaltsverfassung der katholischen Kirche. Was die Landgemeinden in gleicher Richtung erreichten, waren teils nur örtlich verstreut aus mancherlei Rechtsgründen (besonders dem Eigenkirchenrecht und dem Patronat) herausgebildete Wahl- und sonstige Mitwirkungsrechte bei der Pfarrbesetzung, teils allmählich verpflanzte Ableger der städtischen

[1] Siehe die Literaturangaben bei Werminghoff, Verfassungsgeschichte der deutschen Kirche im Mittelalter, 2. Aufl., 1913 (Grundriß der Geschichtswissenschaft, herausgeg. von Aloys Meister, Bd. II Abt. 6), S. 97 und bei U. Stutz, Kirchenrecht (v. Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Bd. 5, 1914), S. 335 f.

[2] Württembergische Vierteljahrshefte, Neue Folge, Jahrg. 16 (1907), S. 237 ff., 295.

Entwicklung[1]; die geschichtliche Wirkung im Großen ging von den Stadtgemeinden aus. Sie setzte sich in der Lutherkirche fort, zwar verstärkt und verbreitert, weil ganz entfesselt durch den Sturz der hierarchischen Verfassung, aber in der Grundlage nicht verändert. Die kirchlich tätige Gemeinde im Rechtssinne blieb auch hier die weltliche Gemeinde. Gerade der verehrte Meister, dem dieser Festbeitrag gewidmet ist, hat uns den Blick dafür geschärft, daß die lutherische Idee des allgemeinen Priestertums mit ihrem rein geistlichen Gehalt nichts weniger als das Verlangen nach einer eigenen, selbständigen Gemeindebildung im Rechtssinne, nach einer neu zu schaffenden, besonderen Kirchengemeinde mit Rechtspersönlichkeit in sich trug; er hat dadurch erst das volle Verständnis eröffnet für die geschichtliche Bedeutung der weltlichen Gemeinde im evangelisch-lutherischen Kirchenrecht. Wenn man nämlich dann doch Zwangsgewalt im Dienste der Kirche begehrte, so konnte man diese — das bezeichnet Rudolph Sohm mit Recht als eine »Grundsäule der lutherischen Lehre« — gerade nicht in der Kirche selbst finden, sondern man mußte sie von der weltlichen Gewalt entlehnen, also im Bereich des örtlichen Kirchenwesens von der weltlichen Gemeinde. Diese behielt auch in den folgenden Jahrhunderten die kirchliche Lokalverwaltung. Das hat für die lutherische Kirche der Mark Brandenburg jüngst Johannes Niedner[2] aus Anlaß des Berliner Streites um die Baulast in Aufreihung einer ununterbrochenen Kette von Quellenbelegen, von der Reformation an bis in das 19. Jahrhundert hinein, klar und zweifelsfrei nachgewiesen. Anderswo in Deutschland wird es, soweit nicht kalvinisch-reformierte Verfassungseinrichtungen herüberspielten, kaum anders gewesen sein. Und wo in katholischen deutschen Landen gemeindliche Befugnisse in kirchlichen Dingen sich aufrechterhielten, wurden sie erst recht nach wie vor von den weltlichen Stadt- und Landgemeinden und ihren Organen geübt, da hier ja für eine neue, kirchliche Gemeindebildung die durch das Tridentinum erstarkte hierarchische Verfassung natürlich noch viel weniger Raum

[1] Hauck, Kirchengeschichte Deutschlands, IV, S. 37 ff.; Werminghoff a. a. O. S. 110; Stutz a. a. O. und Art. »Pfarre« in Herzog-Hauck, Realenzyklopädie für protestantische Theologie und Kirche, 3. Aufl., XV, S. 243 ff.; Künstle, Die deutsche Pfarrei und ihr Recht zu Ausgang des Mittelalters, 1905 (Stutz, Kirchenrechtl. Abhandl., Heft 20).

[2] Die Entwicklung des städtischen Patronats in der Mark Brandenburg, 1911 (Stutz, Kirchenrechtliche Abhandlungen, Heft 73/74).

übrig ließ. Eine Veränderung erfuhr diese Rechtslage nur insofern, als die landesherrliche Gewalt innerhalb der evangelischen Kirche zunächst schon als landesherrliches Kirchenregiment und dann gegenüber beiden Kirchen kraft des entwickelten Staatsterritorialismus und der Verstaatlichung der weltlichen Gemeinden auch die Tätigkeit der letzteren in der kirchlichen Lokalverwaltung einer eingreifenden Aufsicht und Bevormundung durch die Oberbehörden unterwarf, zum Teil sie auch zu deren Gunsten zentralistisch verkürzte. Den grundsätzlichen Wandel hat erst das 19. Jahrhundert gebracht. Toleranz und konfessionelle Mischung der Bevölkerung, und damit der Wegfall der alten Personeneinheit der weltlichen Gemeinde mit der religiösen Bekenntnisgemeinde trugen die Auseinandersetzung zwischen der weltlichen und der kirchlichen Rechtsordnung allmählich auch in die Lokalinstanz. Die weltliche Gemeinde ihre bisherigen kirchlichen Aufgaben noch weiter erfüllen zu lassen, wurde je länger desto weniger erträglich; man denke nur an die Besteuerung eines Teils der Gemeindemitglieder für die Bedürfnisse der anderen Konfession. Jetzt — jetzt erst — war die Zeit gekommen, sie dieser Aufgaben und der damit verbundenen kirchlichen Rechte und Pflichten zu entkleiden. Wer sollte darin ihr Nachfolger werden? Soweit in diesen Dingen das gemeindliche Element sich auch fernerhin behaupten sollte, mußte es eine eigene kirchliche Rechtskörperschaft, eine Kirchengemeinde im Rechtssinne sein. Das evangelische Kirchenrecht hat uneingeschränkt dieses Ziel gewählt. Ja der durch die Union vermittelte starke Zufluß von Verfassungseinrichtungen der reformierten Kirche hat noch, über das früher in der politischen Gemeinde Erreichte hinaus, zu einem weiteren Ausbau der Kirchengemeinde geführt. Das katholische Kirchenrecht in Deutschland hat nicht die gleiche Richtung eingeschlagen und sie auch nicht einschlagen können, wollte es nicht seinen verfassungsrechtlichen Grundprinzipien untreu werden. Es hat vielmehr die Gelegenheit benutzt, nach Möglichkeit das an Rechten, was durch den Rücktritt der politischen Gemeinde frei wurde, an die Hierarchie heranzuziehen und damit für diese das im Mittelalter Verlorene zurückzuerobern. Die Kirche hat sich aber zu einigen Konzessionen gegenüber dem gemeindlichen Element dennoch verstanden, um nicht wichtiger ökonomischer Vorteile, namentlich in Ansehung der Kirchensteuer, verlustig zu gehen. Sie hat auf dem Gebiete der kirchlichen Vermögensverwaltung die staatsgesetzliche Initiative in der

Schaffung und Organisierung katholischer Kirchengemeinden mit Rechtspersönlichkeit, so letzthin noch in Gestalt der bayerischen Kirchengemeindeordnung vom 24. September 1912, sich schließlich nicht ungern gefallen lassen, freilich darauf bedacht, der Betätigung dieser Gemeinden möglichst enge Grenzen zu ziehen und in ihnen den hierarchischen Einfluß möglichst stark zu machen. So leben auch in diesen katholischen Kirchengemeinden noch Reste der in den politischen Gemeinden ausgebildeten Rechtsgedanken und Einrichtungen fort, und man wird auch hier insoweit von einer Nachfolgerschaft sprechen können. Ja, es gibt noch gegenwärtig im Bereich der evangelischen und der katholischen Kirche Einzelfälle genug, in denen die früheren Zustände unmittelbar nachwirken und der Differenzierungsprozeß zwischen politischer und kirchlicher Gemeinde nicht schon endgültig und restlos abgeschlossen ist [1].

Diese kurze Skizze [2] sollte zeigen, welche weittragende geschichtliche Bedeutung für den Gemeindegedanken im Kirchenrecht dem Wirken der mittelalterlichen Stadt zukommt. Zur weiteren Aufklärung dessen, was sie in dieser Richtung geleistet hat, möchte die folgende Darstellung einiges beisteuern; sie will gewiß nichts Erschöpfendes geben — dazu wäre hier nicht der Raum und ist es auch bei dem gegenwärtigen Stande dieses jungen Forschungsgebietes noch nicht an der Zeit. Bei dieser Fragestellung kommt auch nicht das ganze Kapitel »Stadt und Kirche im Mittelalter« in Betracht. Man muß vielmehr scheiden zwischen dem, was in der Stadt zum Schutze des weltlichen Bereichs gegen Kirche und Klerus, und dem, was im kirchlichen Bereich selbst geschah. Also ungefähr eine Scheidung, wie wir sie heute zwischen ius circa sacra und ius in sacra machen. Natürlich nur ein Forschungsmaßstab. Daß damals eine solche Scheidung nicht im Bewußtsein der Leute lag, ist bei der alles noch beherrschenden Vorstellung von der Verbundenheit von Kirche und Welt in »dem einen großen Organismus der Christenheit« selbstverständlich. Nun standen bisher die der ersten Gruppe angehörenden Erscheinungen im Vordergrund der wissenschaftlichen Erörterung, als da die städtische Amortisationsgesetzgebung, die Maßregeln zur Einschränkung der kirchlichen Steuerfreiheit, zum Schutze von Handel und Hand-

---

[1] Vgl. z. B. die Bemerkungen bei Niedner a. a. O. S. 252 ff.

[2] Vgl. dazu meinen Aufsatz »Die Vorgeschichte unserer heutigen Kirchengemeinden« in der Internationalen Monatsschrift für Wissenschaft, Kunst und Technik, Jahrg. 8 Nr. 7 (April 1914), Sp. 785 ff.

werk gegen die geistliche Konkurrenz, vor allem die Zurückdrängung der kirchlichen zugunsten der weltlichen Gerichtsbarkeit u. a. m. All das betrifft die Grenzregulierung zwischen städtischem und kirchlichem Bereich und fördert nicht direkt unseren Gegenstand, das Gemeindeproblem im Kirchenrecht. Dafür müssen wir uns vielmehr den der zweiten Gruppe zugehörigen Erscheinungen zuwenden, die uns das Wirken der Stadtgemeinde im kirchlichen Bereich selbst zeigen, nämlich bei der Pfründenbesetzung, bei der Ausübung der Kirchenzucht und in der kirchlichen Vermögensverwaltung. Aus diesem immer noch weiten Rahmen sollen hier einige Teile herausgenommen werden. Manches, was in der bisherigen, namentlich der neuesten, Literatur schon zutage gefördert ist, soll dabei benutzt und schärfer rechtsgeschichtlich eingestellt, neues Material, wie es sich mir da und dort bei meinen stadtrechtlichen Arbeiten darbot, soll — wie gesagt, ohne jeden Anspruch auf systematische Durchforschung der Quellen — herangezogen werden.

II.

Einen rechtlichen Einfluß auf die Pfründenbesetzung erlangte die Bürgerschaft in Gestalt der Pfarrwahl. So wenigstens in einer größeren Anzahl von Städten; daß dieses Wahlrecht im Lauf des Mittelalters in den deutschen Städten zur Regel[1] oder auch nur zur herrschenden Art der Pfarrbesetzung geworden sei, wäre schon zu viel gesagt.

Den ersten Anfängen des gemeindlichen Pfarrwahlrechtes überhaupt, den Spuren »freier« Gemeindewahlrechte soll hier nicht nachgegangen werden[2]. Es soll auch die schwierige Frage unbeantwortet bleiben: Inwieweit haben die Stadtgemeinden vielleicht auch hier, wie in manchen weltlichen Dingen[3], eine Anleihe bei den Landgemeinden gemacht? Immerhin wird man im großen und ganzen die Rechtsform, in der

---

[1] So Hauck, Kirchengeschichte Deutschlands, Teil IV, 1/2. Aufl. S. 30; siehe dagegen Werminghoff a. a. O. S. 108, Gerhard Kallen, Die oberschwäbischen Pfründen des Bistums Konstanz, 1907 (Stutz, Kirchenrechtl. Abhandl., Heft 45/46), S. 203 und jetzt Hauck selbst a. a. O. 3/4. Aufl., S. 37.

[2] Hierzu neuestens Erwin Jacobi, Patronate juristischer Personen, 1912 (Stutz, Kirchenrechtliche Abhandlungen, Heft 78), S. 20 ff. Der Sprung S. 27, 28 von der lex Baiuwariorum I 9 zum Hoch- und Spätmittelalter ist etwas gewaltsam.

[3] Ich habe mich zu der »Landgemeindetheorie« v. Belows in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt., Bd. 34, S. 584 ff. prinzipiell geäußert.

die Pfarrwahl in den deutschen Städten des Mittelalters begegnet, nicht als ein Erzeugnis genossenschaftlicher Rechtsbildung zu betrachten haben. Ich möchte auch nicht mit Hauck[1] in dem § 7 des Berner Stadtrechts[2] (Keutgen, Urkunden zur städtischen Verfassungsgeschichte, S. 127) ein sicheres Zeugnis dafür sehen, daß man den Pfarrer zu den »officiales civitatis« im Sinne von städtischen Gemeindebeamten rechnete. Der Text zwingt nicht zu solcher Auslegung. Auch der dort mitaufgezählte scultetus war trotz der Wahl durch die Bürger nicht Gemeindebeamter; er war stadtherrlicher Beamter, wie es der scultetus in Freiburg i. Br. auch war. Wie oft ist in den städtischen Quellen vom »iudex civitatis« selbst dort die Rede, wo der Stadtherr ihn frei, d. h. ohne an eine Wahl der Bürgerschaft gebunden zu sein, ernennt[3]! Das Pfarrwahlrecht der städtischen Bürgerschaft fand vielmehr seine juristische Legitimation, seinen rechtlichen Entstehungstitel entweder in einer »Abspaltung« vom Eigenkirchenrecht oder Patronatrecht des Stadtherrn als des Grundherrn, der sich in der Ausübung seines eigenen Besetzungs- oder Präsentationsrechtes eben an die Wahl der Bürger band[4], oder in der vollen Übertragung des Patronates an die Stadtgemeinde seitens des Stadtherrn oder des sonstigen Patronatinhabers oder endlich in originärem Erwerb des Patronates infolge eigenen, ohne kirchenrechtliche

---

[1] A. a. O. 1/2. Aufl. S. 29, 3/4. Aufl. S. 36. Ihm folgen Stutz, Art. »Pfarre« a. a. O. S. 247, Werminghoff a. a. O. S. 109, E. Jacobi a. a. O. S. 29.

[2] Das Berner Stadtrecht kann natürlich, obwohl eine Fälschung aus dem Ende des 13. Jahrhunderts, doch zur Kennzeichnung der damaligen Rechtsanschauung herangezogen werden.

[3] Auch Friedberg, Lehrbuch des Kirchenrechts, 6. Aufl. § 117[16] hat sich gegen Hauck erklärt. Wenn E. Jacobi a. a. O. S. 30[3] meint, es trete »die iurisdictio ordinaria (!) der Gemeinden über ihre Pfarrkirchen besonders deutlich dort hervor, wo sich eine Art ‚Patronatsmonopol' der Gemeinde entwickle«, und sich dafür auf Freiburg i. Br. und Eßlingen beruft, so paßt dies nicht. In beiden hatte gerade für die Stelle des Pfarrers die Stadt das Besetzungsrecht nicht. Es handelte sich nur um die von Bürgern an der Pfarrkirche gestifteten Altaristenstellen und um Freigabe der Besetzungsart für diese Stellen seitens des Kirchenlehnsherrn (Patrons) an die Stiftungsdispositionen der Bürger bzw. um eine Reglementierung dieser Stiftungsgeschäfte durch die städtische Obrigkeit. Vgl. darüber unten S. 122 f. Das dritte, von Jacobi gegebene Beispielszitat (Westpreußen) betrifft teils wirkliche Übertragungen des Patronats vom Landesherrn als dem Patron an die Stadt, teils Vorgänge nach der Reformation in evangelischen Gemeinden.

[4] Stutz, Das Münster zu Freiburg i. Br., S. 6 ff., 9 und Art. »Eigenkirche« in Herzog-Hauck, Realenzyklopädie, 3. Aufl., XXIII, S. 376.

Verpflichtung unternommenen Kirchenbaus der Stadtgemeinde. So sehr auch die ihrer genossenschaftlichen Kräfte bewußt werdenden Städte auf die Erlangung des Pfarrwahlrechts hingearbeitet, so oft sie es auch ihren Stadtherren, bei der Auseinandersetzung mit ihnen, abgerungen, womöglich durch fortdauernd wiederholte Übung der Wahlhandlung die beteiligten Instanzen vor die vollendete Tatsache gestellt haben mögen: das Rechtsgewand, in das sie diesen Besitz kleideten[1] (gelegentlich wohl auch unter Zuhilfenahme gefälschter Verleihungsurkunden), um ihn gegen Anfechtung zu behaupten, war doch der kirchenrechtliche Patronat[2]. Die Pfarrwahl war also als Rechtsinstitut auf das alte Recht der Kirche selbst gegründet.

Eine freiere Rechtsmacht erwuchs der Stadtgemeinde und ihrem Organ, dem Rat, von anderer Seite her: auf dem Boden des Privatrechts, aus der Schenkung oder der Stiftung im Interesse des Seelenheils, dem mittelalterlichen »Seelgerät«. Welche gewaltige Bedeutung das Seelgerät für das Rechts- und Wirtschaftsleben des Mittelalters hätte, braucht hier nicht ausgeführt zu werden. Es war Pflicht des Christenmenschen, nicht zu sterben, ohne der Seele ihr Teil geschafft zu haben, und wo es doch geschah, war es Gatten- und Sippenpflicht, die Sorge für das Seelenheil des Verstorbenen durch ein nachträgliches Seelgerät zu übernehmen[3].

> »In primis quid pro anima sua dari iusserit proponat, quia anima est plus quam corpus«,

heißt es in einem italienischen »Formularium tabellionum«[4] aus der Glossatorenzeit in einer Anweisung für die Anfertigung von Testamenten.

---

[1] Vgl. auch Stutz, Kirchenrecht a. a. O. S. 335.

[2] So wenigstens in Deutschland. Man bedenke, daß ja dort auch die Stadtverfassung der Anfangszeit mit dem Regiment des Stadtherrn einer Entwicklung, die von Haus aus offiziell auf ein von eigenkirchlichen oder patronatrechtlichen Elementen freies, genossenschaftliches Gemeindewahlrecht gerichtet gewesen wäre, im Wege stand. In den italienischen Stadtstaaten z. B. mag es in diesem Punkte anders gewesen sein. Man wird sich dies bei der Würdigung der von Jacobi a. a. O. S. 45 ff. gebrachten interessanten Nachweise aus der kanonistischen Literatur gegenwärtig halten müssen.

[3] Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 5, S. 199[10]; Heusler, Institutionen, Bd. 2, S. 644; Brunner in Zeitschr. der Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte, Germ. Abt., Bd. 19, S. 109; Alexander Gál ebenda Bd. 29, S. 225 ff., 228.

[4] G. B. Palmieri, Appunti e documenti per la storia dei glossatori I (Bologna 1892), schreibt es Irnerius zu.

Die Zuwendung pro anima, und nicht — wie im römischen Recht — die heredis institutio, erschien also im Mittelalter als caput et fundamentum testamenti[1]. Ja »Testament« und »Seelgerät« wurden in den deutschen städtischen Urkunden des späteren Mittelalters vielfach gleichbedeutend gebraucht, und zwar für zweiseitige wie einseitige Verfügungen[2]. So berichtet ein Eintrag in dem Stadtbuch von Lübben (Niederlausitz)[3] I, Nr. 344 (vom Jahre 1464) von einer Auflassung des unbeweglichen und beweglichen Guts im Vogtding »zců eynem ewigin testamendt unde zelgerethe« und ein anderer Eintrag desselben Stadtbuchs, Nr. 423 (vom Jahre 1473), von einer Zuwendung einer Geldsumme an ein Kloster »umbe seynir zelen zcu eynem testament«. Das Privileg König Wenzels für Goslar von 1390[4] gibt jedem Bürger die Fähigkeit, »Testamente zu setzen von seinem Gute«, und wie er das setze, also solle es Kraft haben, »uff datz gote io (ja) sein teil werde«. Nach einem Eintrag in den Hallischen Schöffenbüchern V, Nr. 98 (vom Jahre 1426)[5] kommen die Erben des Heinrich Schile mit den Alterleuten und Vorstehern der Pfarren und Klöster vor Gericht und bekennen, »daz sy daz testament nach des gnanten Heinrich Schilen begerunge gegebin hetten«, d. h. das ihnen vom Erblasser aufgegebene Seelgerät ausgerichtet hätten. »Testament« bezeichnet hier also sogar nicht die Urkunde oder die Zuwendung, sondern das im Interesse des Seelenheils des Erblassers Zugewendete selbst. In demselben Sinne heißt es in den Spandauer Stadtbüchern von 1474 und 1536 in einem Testamentseintrag[6]: »dat Testament schal men geven in tween Jaren«.

---

[1] Meine Schrift »Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung«, 1895 (Gierkes Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Heft 49), S. 170f.; Pollock and Maitland, History of English law, 2. Aufl., Bd. 2, S. 338; F. Brandileone, i lasciti per l'anima e la loro trasformazione, 1911 (Memorie del R. Istituto Veneto di Scienze ecc., Vol. 28, N. 7), S. 31 f.

[2] Otto Loening, Das Testament im Gebiet des Magdeburger Stadtrechts, 1906 (Gierkes Untersuchungen, Heft 82), S. 33; Robert Bartsch, Seelgerätsstiftungen im 14. Jahrhundert in Festschrift für Karl von Amira, 1908, S. 32, 51.

[3] Urkundenbuch der Stadt Lübben, Bd. I: Die Lübbener Stadtbücher 1382—1526, herausgeg. von Woldemar Lippert (1911).

[4] Göschen, Goslarische Statuten, S. 122, Z. 31 ff. Siehe über diese Vorschrift noch unten S. 120. Vgl. schon Stobbe a. a. O. S. 198[9].

[5] Ed. Hertel, Bd. 2, S. 251.

[6] Riedel, Codex diplomaticus Brandenburgensis I, 11, S. 527, unter Ziff. VI, dazu O. Loening a. a. O. S. 156.

Der fromme Schenkungs- und Stiftungseifer steigerte sich in den Städten noch während der letzten Jahrhunderte vor der Reformation. Der wachsende Wohlstand der Bürger trug dazu bei. Auch die Stiftungszwecke erfuhren eine starke Bereicherung. Neben allen möglichen wohltätigen und frommen Zwecken, wie der Fürsorge für die Armen in Speisung, Kleidung und Badegelegenheit (»Seelbäder«), für die Spitäler, für Kirchenbau und für Ausstattung des Kultus, Erhaltung eines ewigen Lichtes, waren es solche Zwecke, die das geistliche Pfründenwesen der Stadt betrafen. Sie sind es, die uns hier interessieren. Man begnügte sich nicht mit der alten Form der Stiftung von Seelenmessen, den Jahrzeitstiftungen oder Anniversarien. Man stellte in denselben Dienst größer angelegte Stiftungen, die Stiftung von ganzen Priesterpfründen zur Absolvierung häufiger, womöglich täglicher, Messen an bereits vorhandenen oder gleichzeitig neu gestifteten Altären oder Kapellen, so daß dadurch je eine ganze Priesterstelle für einen Kaplan oder sogenannten Altaristen begründet wurde: Meß- oder Altarpfründen. Es kann geradezu die wirtschaftliche Blüte der Stadt von der Zahl der solchergestalt begründeten Pfründen abgelesen werden. Die Folge war ein gewaltiges Anschwellen des niederen Klerus in den Städten — oftmals nicht zum Heile des Standes, dem dadurch eine Menge nicht vollauf beschäftigter und zuweilen doch nicht genügend besoldeter Mitglieder zugeführt wurde. Eine Reihe von Einzeluntersuchungen der letzten Zeit hat darüber ausreichendes Licht verbreitet. Ich nenne nur die Abhandlungen von Victor Ernst für Biberach, Stutz für Freiburg i. Br., Kothe für Straßburg, A. O. Meyer für Breslau, Karl Müller für Eßlingen, E. Schiller für Goslar, Friedrich Heck für Hanau, Heepe, der der Organisation der Altarpfründen eine besonders eingehende Darstellung gewidmet hat, für Braunschweig und Kallen für die oberschwäbischen Städte der Diözese Konstanz[1]. Eine weitere Art von Pfründstiftungen in den Städten brachte das 15. Jahrhundert noch in Gestalt der Predigerpfründen auf,

[1] Siehe die näheren Zitate bei Werminghoff und Stutz an den oben S. 105 N. 1 angeführten Orten, dazu Victor Ernst, Die Biberacher Kirche vor der Reformation in den Württembergischen Vierteljahrsheften für Landesgeschichte, Neue Folge, VII, S. 34 ff. (1898), auch Werminghoff a. a. O. S. 166 f. und Karl Müller, Kirchengeschichte II, 1, S. 282 f., der beispielsweise für 20 Städte mehr als 1500 solcher Pfründen herausrechnet.

deren Inhaber die Aufgabe hatten, regelmäßig, namentlich an Sonn- und Festtagen, sowie in der Fastenzeit Predigt zu halten[1].

Da sowohl die Anniversarien als alle diese Pfründstiftungen auf dem Seelgerät beruhten, war eben dieses, die Schenkung oder meist die Verfügung von Todeswegen, also das Privatrechtsgeschäft, die rechtliche Grundlage für ihre Ausgestaltung. Es entschied der Wille des Schenkers oder Stifters, der den Zweck setzte und finanzierte. Er konnte, wenn er die zweiseitige Form der Zweckschenkung oder der Zweckvergabung auf den Todesfall wählte, diese unter die mannigfaltigsten Bedingungen stellen; die deutschrechtliche Vertragsfreiheit auf sachenrechtlichem Gebiete, die Anpassungsfähigkeit der lex traditionis erlaubte ihm dies sogar mit dinglicher Wirkung, so daß die Zuwendung hinfällig wurde und der Rückfall des Zugewendeten an ihn oder seine Erben eintrat, wenn seine Bedingungen unerfüllt blieben. Die nämliche Freiheit hatte er, wenn er einseitig nach Art des römischen Testaments verfügte, etwa im Siechbett oder, was allmählich gerade bei Seelgeräten in weiterer Annäherung an das römische Testamentsrecht möglich wurde, auch bei gesundem Leibe[2]. Er konnte auf solche Weise durch seine Anordnungen sich auch in weitem Maße über das kirchliche Ämterrecht hinwegsetzen[3]. Er hatte ferner freie Hand, zu bestimmen, wem er das dem Zweck gewidmete Gut übereignen und wen er mit der Durchführung des Zwecks oder mit der Beaufsichtigung seiner Durchführung betrauen wollte. Da bei diesen Anniversarien und Pfründstiftungen der Zweck ein dauernder war und eine ständige Verwaltung nötig machte, wurde die Bestimmung eines dauernden Organs hierfür unumgänglich. Mochte mancher Stifter zunächst das Stiftungsgut als zweckgebundenes Sondervermögen mit dem Besetzungs- und Verwaltungsrecht noch in seiner Familie sich forterben lassen, so pflegte er das doch zeitlich zu begrenzen, etwa durch Festsetzung einer Anzahl von Besetzungen, die auf diese Weise geschehen

---

[1] Kallen a. a. O. S. 145.

[2] Heusler, Instit. II, S. 642 ff., 645 ff., Otto Loening a. a. O. S. 44 ff. In den 400 österreichischen Seelgerätsstiftungen, die Robert Bartsch a. a. O. behandelt, ist noch durchaus die sachenrechtliche Vergabung die regelmäßige Form, nur zur Seltenheit finden sich darunter einseitige widerrufliche Verfügungen auf den Todesfall (ebenda S. 52).

[3] Siehe darüber die treffliche Darstellung bei Hinschius, Kirchenrecht II, S. 392 ff.

sollten, und selbst für diese Zeit ein Aufsichtsorgan zum Einschreiten im Falle der Säumnis der Erben zu ermächtigen, diesem aber für die spätere Zeit dann Gut und Besetzung ganz und gar zuzuweisen[1]. Häufig legte der Stifter die Stiftung von vornherein vollständig in die Hand eines solchen Vertrauensorgans. Es war in den beiden Arten von Fällen die im Mittelalter so außerordentlich oft und vielseitig verwendete Rechtsform der Treuhänderschaft, die sich ihm dafür darbot. Er konnte den Treuhänder das Eigentum am Stiftungsgut erwerben lassen, als ein echtes, mit Zweckbestimmung belastetes Eigentum zu treuer Hand; das Eigentum stand dann unter auflösender Bedingung, d. h. es war bereit, im Falle der Vereitlung des Zweckes an die Geberseite — den Stifter oder seine Erben — zurückzufallen[2]. Hier lag eine Treuhandstiftung, eine fiduziarische, unselbständige Stiftung im vollsten Sinne vor. Wo aber der Gedanke, daß die einzelnen Pfründenmassen an den Kirchen und Kapellen selbständige Rechtssubjekte mit eigener Rechtspersönlichkeit seien, sich auch in Deutschland bereits durchgerungen hatte[3], wurde zwar das gestiftete Gut besonderes Anstaltseigentum, der Treuhänder erlangte jedoch für sich in eigenem Namen[4] das Verwaltungs- und Besetzungsrecht — eine Stellung, die sich mit der eines heutigen Testamentsvollstreckers vergleichen läßt,

[1] Heepe, Die Organisation der Altarpfründen an den Pfarrkirchen der Stadt Braunschweig im Mittelalter, Göttinger phil. Diss. 1913, S. 10 ff. Siehe auch Joseph Greving, Johann Ecks Pfarrbuch, 1908 (Grevings Reformationsgeschichtliche Studien und Texte, Heft 4 u. 5), S. 34.

[2] Siehe meine Langobardische Treuhand, S. 76 ff., 95 ff. und meinen Aufsatz in Iherings Jahrbüchern, Bd. 43, S. 6 ff. Einen weiteren Beleg dafür geben die häufigen Rückfallsvorbehalte für den Fall, daß die Stiftung nicht gehalten, der Jahrtag nicht begangen wird, in den österreichischen Seelgerätsstiftungen bei Robert Bartsch a. a. O. S. 35, 46 f. Vgl. ferner die unten S. 125 N. 6 behandelte Braunschweiger Urkunde von 1304 und das »donare« an Bürgermeister und Rat »sub hac condicione« in Straßburger Urkundenbuch, III, Nr. 1292 vom Jahre 1331.

[3] Fr. Heck in Ztschr. des Vereins für hessische Geschichte, Bd. 46, S. 19[5] nimmt dies für Hanau an. Ob mit Recht, lasse ich dahingestellt. Siehe auch Karl Müller, Luther und Karlstadt, S. 30[1]. Heepe hat in seiner Untersuchung über die Braunschweiger Altarpfründen diesem freilich sehr heiklen Punkte leider keine Aufmerksamkeit geschenkt.

[4] Die Vorstellung, daß die Besetzung oder Verleihung der Pfründe im Namen der Pfründe selbst als juristischer Person erfolge, daß also die Pfründe sich selbst besetze, ist, soweit ich sehen kann, den deutschen städtischen Quellen der damaligen Zeit durchaus fremd. Daher ist der Vergleich mit einer Stiftungskuratel nicht angebracht. Die »Lehnschaft« zur Pfründe ist ein Eigenrecht des »Lehnsherrn«.

dem nach § 2209 des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Verwaltung des Nachlasses oder einzelner Nachlaßgegenstände als eine selbständige und dauernde Aufgabe zugewiesen ist. Immer war die Möglichkeit offen, der Rechtsmacht des Treuhänders den verschiedensten Inhalt zu geben; namentlich konnte auch alles auf Wissen und Gewissen des Treuhänders gestellt und damit seinem Ermessen der freieste Spielraum gewährt werden[1].

Treuhänder der frommen Zuwendungen und Stiftungen, »Seelwärter« waren ursprünglich und die längste Zeit in der Regel kirchliche Amtsträger und kirchliche Körperschaften (Bischöfe, Dom- und Kollegiatkapitel, einzelne Kapitelsmitglieder, Pfarrer, Klöster) gewesen. Zu ihnen hatte man das Vertrauen, daß sie das Seelenheil des Verfügenden am besten bedienen würden. Für sie war die sorgfältige Erfüllung dieser Aufgaben Berufspflicht, und man durfte auch auf die Kontrolle ihrer geistlichen Oberen rechnen. Man hatte dabei das kanonische Recht auf seiner Seite, das die Verfügungen ad pias causas wie überhaupt die Verfügungen von Todeswegen unter den Schutz und die Gerichtsbarkeit der Kirche nahm und die durch jene Verfügungen bestellten Treuhänder und Testamentsvollstrecker einer weitgehenden und durch die Kanonistik bis ins einzelne ausgebauten Leitungs- und Zwangsgewalt des Bischofs unterwarf[2]. Das alles änderte sich nun in den Städten vom Ausgang des 13. Jahrhunderts an in allmählicher, wenn auch nicht überall gleich verlaufender Entwicklung. Wir sehen dort bei den Seelgeräten und unter ihnen gerade auch bei den Anniversarien und Altarpfründstiftungen mehr und mehr den Stadtrat an Stelle des Klerus in jene Treuhänderschaften einrücken.

Johannes Heepe hat uns für Braunschweig einen tieferen Einblick in diesen Vorgang verschafft durch die Zeichnung der verschiedenen Typen von Altarpfründstiftungen, die sich dort im Laufe der Zeit ablösten. Es ist dies das wichtigste Ergebnis seiner verdienstlichen Dissertation. Im 14. Jahrhundert war die typische Form noch die sogenannte »Kaplanei«, d. h. es war der Pfarrer, dem die Stiftungsbriefe

---

[1] Siehe über diesen Treuhändertypus im allgemeinen meine Langobardische Treuhand, S. 47 f., auch Brandileone a. a. O. S. 12.

[2] Siehe den ganzen tit. X de testamentis et ultimis voluntatibus 3, 26 und das Nähere in meiner Langobardischen Treuhand, S. 150, 151 ff., 156 ff. Siehe auch die spätere Formulierung im Tridentinum s. XXII c. 8 de ref.

die Treuhänderschaft zusprachen. »An seine Person ist die Stiftung gebunden, er ist der eigentliche Inhaber der Pfründe« (S. 6). Er verwaltet das Pfründgut zusammen mit dem Vermögen der Kirche unter Mitwirkung der Alterleute[1] und »mietet« seinerseits den Priester zur Abhaltung der verordneten Messen, gibt ihm Wohnung und Kost auf der Pfarre und einen Geldlohn aus den Pfründeinkünften und entläßt ihn ohne weiteres, wenn er ihm nicht willfährig ist. Freilich erscheint schon dahinter der Rat der Stadt, den die Stiftungsurkunden mit der Aufsicht über den Pfarrer und mit dem Recht zu eigenem Eingreifen, wenn der Pfarrer den Fundationsbestimmungen nicht gerecht werden sollte, bewidmen (S. 44). Also schon eine Art Obertreuhänderschaft des Rats, die zugleich ein Zurückdrängen der kanonischen Aufsichtsinstanz und der Rechte des Bischofs als subsidiären »legitimus executor« bedeutet und sich trotz c. 17 X de testamentis et ultimis voluntatibus 3,26[2] durchsetzt. Um die Wende des 14. zum 15. Jahrhundert aber wurde die »Kaplanei« durch die »Befehlung« — eine Zwischenstufe von seltener Anwendung — und dann regelmäßig durch das »Lehen« ersetzt. Hier ist die Stiftung ganz an den Rat angelehnt. Dieser hat die Rolle des Treuhänders. Er hat — eventuell nach Erledigung der etwa vornweg den Erben des Stifters vorbehaltenen Zahl von Besetzungen — seinerseits das Kollationsrecht. Er übt es, indem er den Pfründner dem Pfarrer präsentiert, der ihm die Institution gewähren muß und ihn nicht ad nutum amovieren kann. Der Pfründner hat sich zu verpflichten, »dem Rat u n d d e r S t a d t zu adhärieren« (S. 8[1]). Er wird nun »des Rates Kapellan« genannt. Vergißt er seiner Pflichten, so hat nach den typischen Stiftungsbestimmungen die letzte Strafgewalt der Rat, der ihn seiner Pfründe verlustig macht und einen anderen Priester zur Institution präsentiert. Der Rat hat auch unter Beteiligung des jeweiligen Meßpriesters als Interessenten die Verwaltung des Pfründgutes. Er zieht dazu die Alterleute, die ja von ihm abhängigen Laienverwalter des

---

[1] Siehe über diese unten III.

[2] Vgl. dazu Langobardische Treuhand, S. 154[11] mit 152[4] und darüber, daß auch die italienischen Stadtstatuten den allmählichen Übergang der Aufsichts- und Leitungsbefugnisse in Sachen der Testamentsvollstreckungen vom Bischof auf die Stadtobrigkeit erkennen lassen, ebendaselbst S. 161 ff. Auch in den von B a r t s c h (a. a. O. S. 47) behandelten österreichischen Seelgerätsstiftungen des 14. Jahrhunderts ist vereinzelt schon für den Fall der Nichterfüllung der Stiftungsauflage ein Unterwindungsrecht von Richter und Gemeinde oder des Stadtrats vorgesehen.

Kirchengutes, heran, mit denen zusammen er die etwa durch Ablösung der gestifteten Wiederkaufsgülten eingekommenen und einer Anlage in neuen Gülten wartenden Gelder in der »Geldkiste« verwahrt. Der Pfarrer ist bei der Verwaltung dieser Art Pfründen so gut wie ganz einflußlos.

Das Bild, das Heepe aus Braunschweig in genauer Einzelausführung darbietet, stimmt in den Grundzügen zu dem, was die oben genannten Untersuchungen über andere Städte bereits ergeben haben. Manches läßt sich noch hinzufügen. So wird die volle Freiheit der Stadt und die gänzliche Ausschaltung des Pfarrers bei der Besetzung der Altarpfründen besonders energisch betont in einem Privileg[1], das die Stadt Villingen 1361 gerade zu diesem Behufe von ihrem damaligen Stadtherrn und Lehnsherrn ihrer Pfarrkirche, dem Herzog Rudolf IV. von Österreich, sich erwirkt. Es werden dort die einzelnen Altäre an der Pfarrkirche und einer Filialkirche aufgezählt und dann Schultheiß, Bürgermeister, Rat und Bürgern »die Gnade getan«:

> »swelich under in (ihnen) derselben altar ainen oder mer gestiftet und gewidmet habent, oder von den stiftern darzů erwelet und georNet sind oder fůrbazz geornet werdent, die sullen und mugen den oder die selben altar und phrůnd freilich (frei) lihen und besetzen, als es her chomen ist, und sol siu der kilchherre (der Pfarrer), wer ie zů den zeiten ist, daran nicht saumen noch irren in dhainem weg«.

Die soeben erschienene Edition des Stadtrechts von Neuenburg am Rhein[2] bringt einen interessanten, vor den Rat der Stadt Basel gezogenen Prozeß aus dem Jahre 1414 zwischen dem Rat von Neuenburg und dem von ihm mit einer Altarpfründe beliehenen Priester Wägelin. Es handelt sich um einen Verwaltungsakt des Rates bei der Administration des Pfründkapitals. Die Gült, in der dieses bisher angelegt gewesen, war vom Schuldner abgelöst worden, und der Rat hatte dafür ohne Zustimmung des Pfründners eine andere Gült gekauft, aber nicht, wie bisher, eine in Silber, sondern eine in Gold jährlich zu entrichtende. Wägelin fühlt dadurch seine Einkünfte geschmälert, »wand« doch »silber werder sie zů disen ziten denn das gold«, also Silber zu dieser Zeit verhältnismäßig

---

[1] Oberrheinische Stadtrechte II, 1 Nr. 21.

[2] Oberrheinische Stadtrechte II, 3 Nr. 76.

höher stehe im Kurse als Gold. Der Rat betont demgegenüber seine bona fides: daß er es nicht anders hätte machen können und auch nicht mit dem erst später eintretenden Sinken des Goldkurses hätte rechnen können. Der Rat beklagt sich noch über die »Unfreundlichkeit« des Wägelin, dem er doch so manche Nachlässigkeit in der Ausrichtung der vom Stifter vorgeschriebenen gottesdienstlichen Leistungen nachgesehen habe. Der Basler Spruch weist denn auch, da der Stifter »die Pfründe in des Rates Hand« gesetzt und bestimmt habe, daß »niemand anders sie leihen solle denn ein Rat zu Neuenburg«, da er auch die etwaige Wiederanlage des Geldes in das »allerbeste Bedünken« des Rats gestellt und nichts in dem Briefe davon gesagt habe, daß sie »mit Rat, Wissen und Willen« des dermalen mit der Pfründe beliehenen Priesters zu erfolgen hätte, die Klage des Wägelin als unbegründet ab. Dieser und seine Nachfolger sollten, heißt es noch, die Ratmannen zu Neuenburg nicht drängen, »sich mit derselben Pfründen und Ablösungen anders zu halten, denn des Stifters Brief und ihre (der Ratmannen) Ehre weiset, als sie gedenken, daß es das Beste sei«. Die Urkunde ist deshalb von solchem Interesse, weil sie uns die allgemeine Abhängigkeit des Altarpfründners vom Rat und den Gegensatz zum Kirchenrecht besonders deutlich macht, das ja dem Pfründner — es handelt sich hier um einen perpetuierlich angestellten, nicht amoviblen — die Verwaltung des Benefizialgutes grundsätzlich zuweist. Hat, wie wir sahen, nach den Braunschweiger Stiftungsbriefen der Pfründner noch die Mitwirkung bei der Verwaltung, so wird er hier davon gänzlich ausgeschlossen.

Wie sehr der Rat bestrebt war, die Altarpfründen nach Möglichkeit in seine Treuhand zu bekommen, zeigt uns dasselbe Neuenburg in einem anderen Falle [1]. Hier schreibt er (1. Hälfte des 15. Jahrhunderts) einer Bürgerin, sie möchte ihm doch Gewalt geben zur Verleihung der von ihren Vorfahren am St. Josephs-Altar gestifteten Pfründe. Und gern willfährt sie dieser Bitte »ihrer lieben Herren«, indem sie ihnen in besiegeltem Brief antwortet: »Ich bin eures guten Willens von Herzen froh und will euch der Ehren lieber gönnen denn jemand anders und euch alles Guten gänzlich getrauen.« Eine ähnliche Vorgeschichte wird auch eine Neuenburger Urkunde von 1429 gehabt haben [2], inhalts deren

[1] Oberrheinische Stadtrechte II, 3 Nr. 81.
[2] Ebenda Nr. 77.

eine Bürgerin die »lehenschaft und lihung« einer von ihr selbst und auf Geheiß ihres verstorbenen Mannes am St. Nikolaus-Altar gestifteten Priesterpfründe, »umb daz der gotzdienst gefürderet werde«, vor offenem Gericht ihren »lieben Herren Bürgermeister und Rat zu Neuenburg in ihre Hand und Gewalt« gibt. Ein verläßliches Mittel, einen Druck in dieser Richtung auf die Bürger zu üben, bot die städtische freiwillige Gerichtsbarkeit über die Seelgeräte. Nur bis zu einer niederen Wertgrenze (z. B. bis zu 5 Schillingen) konnten in vielen Städten die Bürger im Siechbett verfügen[1], was von dieser Möglichkeit unsere natürlich im Wert darüber hinaus gehenden Arten von Stiftungen ohne weiteres ausschloß. Sonst war[2] Fertigung vor dem Stadtgericht oder dem Rat oder einer Gerichts- oder Ratsdeputation oder doch wenigstens Ratserlaubnis für die Befreiung von dieser Form zur Gültigkeit nötig. In manchen Städten steigerte sich das geradezu zu einem Placet des Rats für den Inhalt der Seelgeräte. So fügt das oben[3] angeführte Privileg König Wenzels für Goslar von 1390 der jedem Bürger zugesprochenen Freiheit, Testament bei gesundem Leibe oder im Siechbett zu setzen, die sehr wesentliche und wohl den Hauptzweck der Bestimmung ausmachende Einschränkung bei:

»so deme rathe gotlich unde redelich duncke.«[4].

Und in einem Braunschweiger Statut von 1413 wird unter Androhung der Nichtigkeit und strenger Strafe noch spezieller verordnet:

»Welk unser borgere eder borgerschen wel maken ewighe dechtnisse (Jahrgedächtnisse), ewighe myssen (Messen) eder altare stichten

[1] Stobbe a. a. O. V, S. 205 f.; Heusler, Institutionen II, S. 644 f.; Otto Loening a. a. O. S. 85[1]. Siehe Freiburger Stadtrecht § 52 (Keutgen, S. 123) und die Bekämpfung dieser Vorschrift in dem Erlaß des Papstes Innocenz IV. vom 5. März 1244 (Zeitschr. der Gesellschaft für Beförderung der Geschichtskunde von Freiburg, dem Breisgau usw., Bd. 17, S. 173). Siehe auch Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 6. Aufl., S. 240[2].

[2] Auch schon zur Wahrung des Erbenwartrechts. Siehe über die Tendenz in den Städten des magdeburgischen Rechts, die kanonische Testamentsform vor dem Pfarrer und zwei Zeugen auszuschließen, Otto Loening a. a. O. S. 89, 93 ff. Siehe ferner für Österreich Heinrich Ritter von Srbik, Die Beziehungen von Staat und Kirche in Österreich während des Mittelalters, 1904 (Dopsch, Forschungen zur inneren Geschichte Österreichs, Bd. 1), S. 187 ff.

[3] S. 112.

[4] Göschen, Gosl. Stat., S. 122 Z. 31—34, siehe auch ebenda S. 9 Z. 14 ff., dazu E. Schiller, Bürgerschaft und Geistlichkeit in Goslar, 1912 (Stutz, Kirchenrechtl. Abhandl., Heft 77), S. 14 f., 88[6].

(stiften), de schal dat ton myt witscop, rade unde vulbord des ghemeynen rades.«[1].

All das gab den Stadträten Gelegenheit genug, diese Stiftungen in ihre Treuhänderschaft zu leiten. Nicht selten stellte die Stiftung alles in das Ermessen des Rats. So wird im Lübbener Stadtbuch II Nr. 39 (vom Jahre 1475) der Stadtpfarrkirche die Hälfte des Vermögens zu einem Seelgerät mit der Bestimmung zugewendet, daß die Macht darüber »alleine der ersame rath disser stadt« haben soll, daß der Rat und die Vorsteher der Kirche — es sind die unter dem Rate stehenden Laienverwalter[2] — das Jahrbegängnis und die Seelenmessen ausrichten lassen und, wenn etwas übrig bliebe, dies »an der Kirche Nutz wenden« sollen, und bezüglich einer weiteren Zuwendung an den Altar Unserer Lieben Frauen in der Pfarrkirche heißt es in demselben Eintrag, daß »der rath den vorstendern, wie man's domit haldin sal, zcu gebiten hot«. In einem anderen Eintrag — II Nr. 79 von 1478 — heißt es kurz, daß die an den Rat vor gehegter Bank vergabte gesamte Habe zweier Eheleute »in unserer Stadt zu Gottes Häusern und Ehre gewandt werde nach des ehrsamen Rates Erkenntnis«[3]. In einem dritten Eintrag — I Nr. 344 von 1463 — gibt eine Bürgerin ihr gesamtes bewegliches und unbewegliches Gut vor gehegter Bank dem Rat und den Gotteshausleuten (den Kirchenvorstehern) auf, damit davon ihr Jahrbegängnis besorgt werde in der Art, wie man andere begeht, »dovor och der rath reth«, d. h. für die auch der Rat die Bestimmung hat — also eine dort ganz eingeführte Art —, und der etwaige Überrest an die Pfarrkirche komme. Wir erkennen die ganz freigestellte Treuhänderschaft optimo iure[4] wieder, die, seit alters bei den geistlichen Treuhändern stark in Übung, nun auch bei der Ratstreuhänderschaft Eingang gefunden hatte. Eine solche freie Treuhänderschaft war von selbst, von Rechts wegen, gegeben, wo ein Bürger bzw. ein Gast ohne Seelgerät gestorben war und Erben sich nicht meldeten, die es nach-

---

[1] Urkundenbuch der Stadt Braunschweig Bd. I ed. Hänselmann, S. 140, dazu Heepe, S. 7. Siehe ferner Stobbe V, § 300[19]. Auch zur Wahrung der Amortisationsgesetze wider die Anhäufung von liegendem Gut in der toten Hand war vielfach Genehmigung des Rats für die Testamente vorgeschrieben; vgl. Otto Loening a. a. O. S. 125 f. Siehe endlich für Österreich von Srbik a. a. O. S. 188[2].

[2] Siehe unten III.

[3] Siehe auch die Zitate bei Otto Loening a. a. O. S. 137[2].

[4] Siehe oben S. 116[1].

träglich hätten setzen können, vielmehr der Nachlaß als erbloser an den Rat gelangt war. Hier sollte dieser schon nach manchem älteren Stadtrecht, so z. B. nach dem Stadtrecht von Freiburg i. Br. § 2, von Braunschweig-Hagenstadt § 11, von Wien (1221) § 20[1], einen Teil davon als Seelteil verwenden. Der Rat nimmt hier bezüglich der Fremdennachlässe die Stelle ein, welche die Constitutio Friderici II »Omnes peregrini«[2] dem Bischof zuweist.

War der Rat auf den vorgeschriebenen Wegen zu treuer Hand Herr etlicher Stiftungspfründen in der Stadt geworden, so konnte er zur Aufstellung allgemeiner Verwaltungsgrundsätze für diese Pfründen fortschreiten, wie in Ulm, dessen »rotes Buch« eine Satzung von 1406[3] enthält, inhalts deren ledig werdende Kirchen, Kapellen oder Altäre, »die der Rat zu leihen hat«, künftig »niemand anderem denn der Stadt Kindern«, also Ulmer Söhnen, verliehen werden sollen[4]. Besonderes Interesse verdient die in Eßlingen von Bürgermeister, Schultheiß und Rat aufgerichtete und bischöflich bestätigte Kapellenordnung von 1321, die Karl Müller[5] sorgfältig analysiert und in ihren geschichtlichen Zusammenhang gestellt hat. Denn sie geht davon aus, daß die städtische Obrigkeit »alle die Kapellen, die jetzo gestiftet und gewidmet sind in der Pfarre zu Eßlingen oder noch gestiftet und gewidmet werden«, zu verleihen befugt ist, und bestimmt nun näher, in welcher Weise die Verleihung erfolgen und daß der beliehene Kaplan dem Pfarrer treu und gehorsam und im Gottesdienst behilflich sein und daß die Stadtobrigkeit den Pfarrer in der Disziplin über die Kapläne unterstützen soll. Hier hat das Plazet des Rats für die Stiftungsgeschäfte es möglich gemacht, sogleich für alle künftigen Kapellenstiftungen die Ratstreuhänderschaft vorzusehen. Natürlich ist anzunehmen, daß

---

[1] Keutgen a. a. O. S. 118, 178, 209. Siehe Alexander Gál in Ztschr. der Savigny-Stiftung f. RG., Germ. Abt., Bd. 29, S. 230 ff.

[2] M. G. Constit. II, Nr. 85 c. 9 = auth. ad Cod. Justin. 6, 59, 10. Vgl. Brandileone a. a. O. S. 35 und die dort Zitierten.

[3] Carl Mollwo, Das rote Buch der Stadt Ulm (Württembergische Geschichtsquellen, Bd. 8), 1905, Nr. 320. Dazu Kallen a. a. O. S. 262. Bürgerliche Herkunft der Pfründner ist auch in der Priesterordnung des Grafen Reinhard von Hanau von 1434 für die Stadt Hanau gefordert: Heck a. a. O. S. 38.

[4] Verordnungen über die Pflichten der Pfründner unten IV.

[5] Eßlinger Pfarrkirche a. a. O. S. 272 ff. Abgedruckt auch bei Werminghoff, Geschichte der Kirchenverfassung Deutschlands im Mittelalter, Bd. 1 S. 297[3].

dies der Stimmung der Bürgerschaft entsprach, daß sie ihr bürgerlicher Sinn in diese Richtung trieb; das ergibt sich aus alledem, was wir oben gesehen haben. Es sollte auch, wie Karl Müller dargelegt hat, durch diese Norm, die wahrscheinlich auf einem Vertrag der Stadt mit dem Speyerer Domkapitel beruhte, den Folgerungen aus der Eigentumsherrschaft dieses Kapitels, dem die Pfarrkirche inkorporiert war, vorgebeugt werden. Aber bedeuten wollte es doch etwas, daß hier die Stiftungsfreiheit der Bürger oder genauer die Freiheit in der Gestaltung des Stiftungsgeschäfts durch eine allgemeine zwingende Norm eingeschränkt war[1]. Der Rat hatte sich für die kapellenstiftenden Bürger zum Generaltreuhänder gemacht. Die Wirkung zeigt die von Karl Müller gegebene Übersicht über die Pfründenstiftungen in der Stadt bis 1420[2], die danach so gut wie alle sich in Ratstreuhänderschaft befanden.

Der Rat war in allen diesen Dingen Organ der Stadtgemeinde. Die Ratstreuhänderschaft war Gemeindetreuhänderschaft. Zwar reden die weitaus meisten Urkunden nur von dem Rat und nicht von der Stadt. Aber es ist kein Zweifel, daß sie alle auch bei dieser Treuhänderschaft den Rat in seinen stadtgemeindlichen Funktionen im Sinne hatten und daß nicht etwa die Ratsmitgliedschaft bloß dazu dienen sollte, die Persönlichkeit der als Einzelne berufenen Treuhänder zu bestimmen, daß also die Ratmannen »ratione universitatis« und nicht »ratione officii« tätig sein sollten[3]. Das erhellt schon aus dem Zusammenhang mit der städtischen freiwilligen Gerichtsbarkeit über Seelgeräte und Testamente. Es gibt sich in der Art kund, wie nicht selten der Rat bei der Begründung oder der Ausübung seiner Treuhänderschaft bezeichnet wird, nämlich nach seiner verfassungsmäßigen Zusammensetzung als »Bürgermeister und Rat«, »Bürgermeister, Schultheiß und Rat« oder in Verbindung mit der für die Verwaltung kirchlichen Gutes bestehenden Deputation, den Kirchenpflegern oder Gotteshausleuten[4]. Schließlich tritt gelegentlich in den Urkunden die auch bei dieser Treuhänderschaft hinter dem Rat

[1] Ähnliches in Ingolstadt nach der Mitteilung von Greving, Johann Ecks Pfarrbuch, S. 34[3].

[2] A. a. O. S. 308 ff.

[3] Über diese Unterscheidung beim Patronat siehe Jacobi a. a. O. S. 137 ff., 148 ff., 152. Er setzt ihr Vorkommen übrigens erst in die nachtridentinische Zeit.

[4] Siehe unten III.

stehende Stadtpersönlichkeit[1] deutlich hervor. So nimmt in Straßburg 1331[2] der Bürgermeister »vice civitatis« die Auflassung eines Hauses und einer Gült von einem Straßburger Bürger und seiner Ehefrau für eine neu zu errichtende »prebenda sacerdotalis perpetua« an einer Kapelle auf der Ruprechtsau entgegen. In den Hallischen Schöffenbüchern III Nr. 704 (zwischen 1368 und 1371) und Nr. 1054 (vor 1378) werden Gülten für Altarpfründen im gehegten Ding an die Ratmannen »tů der stat hant« vergabt. In Braunschweig geht, wie oben[3] erwähnt, das Gelöbnis des Altarpfründners dahin, »dem Rat **und der Stadt** zu adhärieren«. Es liegt der Fall in gewissem Sinne ähnlich, wie heute bei der Schenkungsauflage und der erbrechtlichen Auflage im öffentlichen Interesse, deren Vollziehung gemäß § 525 Abs. 2 (nach dem Tode des Schenkers) und § 2194 Satz 2 des BGB. die zuständige Behörde, d. i. in Baden bei Auflagen von lokalem Interesse nach der Badischen Ausführungsverordnung zum BGB. § 37 Abs. 2 der Gemeinderat (Stadtrat), verlangen kann; denn auch dort liegt eine Befugnis zu treuer Hand[4] vor, als deren Träger eine Rechtsperson, die durch den Gemeinderat (Stadtrat) vertretene Gemeinde, anzunehmen ist, also auch Treuhänderschaft einer bürgerlichen Gemeinde, Kommune.

Man hat bei diesen Pfründstiftungen die Stellung der Stadt und ihres Rates in der Regel als **Patronat** bezeichnet, wie dies auch in den Quellen des späteren Mittelalters des öfteren geschieht. Aber der Abweichungen von dem kirchenrechtlichen Normaltypus des Patronats sind so viele, daß man mit Fug zweifeln kann, ob die Bezeichnung glücklich gewählt ist. Gewiß ist es ein Hauptrecht des Rates, die Person des Pfründners zu bestimmen, und es wird dies manchenorts in zweifellosem Anklang an die Terminologie des Patronats »präsentieren« genannt, wie in Braunschweig in vielen der von **Heepe**[5] angeführten

[1] Über den Durchbruch der Idee der Stadtpersönlichkeit O. **Gierke**, Genossenschaftsrecht. Bd. 2, S. 622 ff., 705 ff., 748 ff. Vgl. **Niedner** a. a. O. S. 9 f.

[2] Urkundenbuch III, Nr. 1292, dazu **Kothe**, Kirchliche Zustände Straßburgs im 14. Jahrhundert, S. 64.

[3] S. 117.

[4] Mein Aufsatz in Iherings Jahrbüchern, Bd. 43, S. 91 ff., **Strohal**, Erbrecht, 3. Aufl., Bd. 1, S. 38[8] und in Plancks Kommentar z. BGB., 3. Aufl., zu § 2194 N. 1 und 2d.

[5] Z. B. S. 12[3], 15[3], 17[4], 50 und dazu S. 21 f. Auch in Biberach (**Victor Ernst** a. a. O. S. 47): Ordnung von 1472; hier werden zudem Bürgermeister und Rat wirklich Patrone genannt.

Stiftungsurkunden, wo es sich in der Tat um ein Präsentieren an den Pfarrer für die von diesem vorzunehmende Institution handelt. Gewiß könnte auch, wenn daneben bei weitem die Ausdrücke »Lehen, Lehnschaft, Lehnherr, Belehnen, Leihen, Kommendieren« überwiegen, dies auf eigenkirchliche Reminiszenzen zurückgehen, wie sie dem wirklichen Patronat ja in der deutschen Praxis der damaligen Zeit noch reichlich anhaften[1]. Häufig aber hat, wie wir sahen, der Rat das vollständige, ganz freie Besetzungsrecht, so daß »der von ihm Ernannte auch ohne Dazwischenkunft der geistlichen Autorität seine Funktionen ausüben kann«[2]. Er hat ferner durchweg den eingesetzten Pfründner zu überwachen und selbsthandelnd dafür zu sorgen, daß er die ihm durch die Stiftung auferlegten gottesdienstlichen Verpflichtungen pünktlich erfülle; er ist für »des Rates Kaplan« die maßgebende Aufsichtsinstanz[3]. Er hat das Recht, gegen den Säumigen einzuschreiten und nötigenfalls bei der kirchlichen Obrigkeit die privatio beneficii zu betreiben oder ohne dieses seinerseits ihn unter Entziehung der Einkünfte zu suspendieren und einen anderen an seine Stelle zu setzen[4]. Der Rat hat sodann, wie wir sahen, die Stiftungsdotation in eigener, mehr und mehr alleiniger, Pfarrer und Pfründner ausschließender[5] Verwaltung. Ja durch ihn hat die Stadt sogar an der Dotation, soweit diese nicht zu eigener Rechtspersönlichkeit gediehen ist, echtes, deutschrechtliches, durch die Zuwendung unter Lebenden oder von Todeswegen an sie übergegangenes Treuhandeigentum. Das Stiftungsgut ist in ihrer Hand zweckgebundenes Sondervermögen. Es müßte an den Stifter oder seine Erben zurückgehen, wenn der Stiftungszweck unausgeführt bleiben sollte[6].

---

[1] In dem von Stutz, zuletzt im Art. »Eigenkirche« a. a. O. 376 f., behandelten Sinne.

[2] Hinschius, Kirchenrecht II, S. 394[1] beanstandet hier schon deswegen die Bezeichnung »Patronatrecht«.

[3] Siehe z. B. auch noch Heepe, S. 52, 56: Bestimmung des Rats über die Zahl und die Tageszeit der zu haltenden Messen, S. 18: Urlaub des Rates zum Besuch der hohen Schulen und Universitäten unter Aufgabe der Gestellung eines Offizianten für diese Zeit — der Rat steht auch hier an der Stelle des Bischofs (c. 34 in VIto 1, 6).

[4] Heepe, S. 48[1].

[5] Hinschius III, S. 70[3] hält auch dies mit dem Wesen des kirchenrechtlichen Patronats für unvereinbar.

[6] Siehe oben S. 115. Dieser Möglichkeit gedenkt ausdrücklich eine Braunschweiger Meßstiftungsurkunde von 1304 (Urkundenbuch der Stadt Braunschweig II,

Alles dies insgesamt läßt sich nicht unter den Patronat im kirchenrechtlichen Sinne unterbringen. Man kann darin auch nicht eine späte, selbständige eigenkirchliche Neuschöpfung erblicken, da es dafür an dem rechtlichen Ausgangspunkt, dem Eigentum der Stadt an dem Kirchen- oder Altargrund, gefehlt hätte. Denn diese Ratstreuhänderschaften bei den Meß- und Pfründstiftungen begegnen ja oftmals auch da, wo von einem Eigentum oder Patronat der Stadt an der Kirche, zu welcher der Altar gehört, keine Rede ist. Nachwirkende eigenkirchliche Gedanken — so viel ließe sich höchstens behaupten — mögen dabei Pate gestanden haben. Aber der einheitliche Entstehungsgrund war die rein privatrechtliche, durch die Stadt nach ihren Wünschen regulierte Schenkungs- und Stiftungsautonomie der Bürger, die sich dabei der Rechtsform der Treuhänderschaft bediente. Man kann wohl sagen, daß sich unter den von den Stiftern dem Rat als Treuhänder gegebenen Rechten auch patronatsähnliche Beteiligungsrechte an der Pfründenbesetzung befanden, nicht aber, daß alle jene Rechte Folgerungen aus einem einheitlichen Patronatrecht waren [1]. Die Lex für den Rat war nicht das etwa da und dort durch den Stifterwillen modifizierte kirchliche Recht, sondern die Schenkung oder Stiftung mit ihren einzelnen Bestimmungen [2], denen nur umgekehrt die Kirche da und dort, um ihre kirchliche Ordnung einigermaßen zu wahren, gewisse Grenzen zu ziehen suchte. Dieses Verhältnis tritt z. B. besonders lehrreich zutage in dem oben [3] behandelten Basler Spruch für Neuenburg: Der Pfründner hat entgegen dem Kirchenrecht nichts bei der Verwaltung des Pfründvermögens zu sagen, dies nicht deshalb, weil der Stiftungsbrief es aus-

---

Nr. 537 S. 279, dazu Heepe, S. 44 f.), indem sie den Fall setzt: »si causa quacunque contingente ipsam (die Altarmesse) alibi servari non faceremus (Subjekt ist der Rat) ipsam penitus obmittendo.«

[1] Vielleicht war es nicht unabsichtlich, wenn Braunschweiger Stiftungsurkunden — siehe die von Heepe, S. 12, auch Note 5, S. 15[4], 17[6] wiedergegebenen — den Fundator und seine nach ihm als Kollatoren berufenen Anverwandten als »Patrone« bezeichnen, für den hinter diesen berufenen Rat aber den Ausdruck nicht gebrauchen.

[2] Hinschius II, S. 394: »Im übrigen sind alle in betreff der capellaniae laicales entstehenden Rechtsfragen nach den zivilrechtlichen Grundsätzen über Stiftungen ..., und wo es sich um Verfügungen von Todes wegen handelt, nach den Regeln über die Testamente und Legate zu frommen Zwecken zu beurteilen.«

[3] S. 118 f.

geschlossen hat, sondern deshalb, weil das Gegenteil nicht im Stiftungsbrief geschrieben steht.

Was die Kirche zu erreichen strebte, war neben manchem anderen namentlich zweierlei. Erstens: die Altarpfründner nach Möglichkeit über ihre stiftungsgemäßen Obliegenheiten hinaus zur Unterstützung des Pfarrers und zum Chordienst heranzuziehen und sie damit wenigstens in etwas dem Organismus der Pfarrkirche anzugliedern. Zweitens: von dem Pfarrer den ökonomischen Schaden abzuwenden, der ihm von den in der Pfarrkirche amtierenden Pfründnern durch die Schmälerung seiner Einkünfte aus den Oblationen der Pfarrkinder drohte; sie sollten verpflichtet sein, dem Pfarrer die Altaropfer getreulich auszuantworten. In beiden Richtungen suchte man die Aufnahme entsprechender Vorbehalte in die Stiftungsurkunden zu erwirken oder sich ein für alle Male mit dem Stadtrat als Stiftungstreuhänder über den Erlaß entsprechender allgemeiner Vorschriften zu verständigen[1].

Fragen wir nun nach der Bedeutung dieser Treuhänderschaft für das Verhältnis der bürgerlichen Gemeinde zum Kirchenwesen der Stadt, so müssen wir sie sehr hoch einschätzen[2]. Es handelte sich ja um eine Erscheinung von größter Verbreitung, um ein massenhaftes, typisches Auftreten. Diese allgemeine Seelgerätstreuhänderschaft machte den Rat zu einer mächtigen Zwischeninstanz. Sie schuf ihm zunächst wirtschaftliche Macht durch die Zentralisierung aller dieser Stiftungskapitalien und Schenkungsgroschen in seiner einen Hand. Er bildete gewissermaßen eine Zentralstiftungsbank und, da er seinerseits über die Anlage dieser Gelder zu verfügen hatte, die zu allermeist in Wiederkaufsgülten — der damaligen Hauptform des städtischen Kredits — erfolgte, ein wichtiges Kreditinstitut, das sich nun auch um dieses allgemeinen wirtschaftlichen Interesses willen der Gunst der stiftungsfreudigen Bürger empfahl. Die Seelgerätstreuhänderschaft schuf ihm aber vor allem, worauf es hier ankommt, kirchliche Macht durch die Kompetenz zur Bestimmung über die Verwendung der jährlichen Rentengelder für die Stiftungszwecke. Der Rat war es, welcher die so gestifteten Pfründen

---

[1] Victor Ernst a. a. O. S. 47, Karl Müller a. a. O. S. 272 ff., 275 f., Fr. Heck a. a. O. S. 13, Heepe S. 25 f., 61 ff. Siehe auch Greving, Johann Ecks Pfarrbuch, S. 35 ff. und Hinschius a. a. O. II, S. 322.

[2] Das Folgende nach meinem Aufsatz in der Internationalen Monatsschrift, Jahrg. 8 Sp. 805 ff.

mit Priestern zu besetzen und bei der Verteilung der so gestifteten Anniversarien entscheidend mitzureden hatte, der, legitimiert durch die Anweisung der Stifter, die dauernde Aufsicht hatte über die Erfüllung dieser kirchlichen Verpflichtungen. Dadurch wurden alle diese Pfründner und Altaristen und damit ein überaus großer Prozentsatz des städtischen Weltklerus von ihm abhängig, viel abhängiger als von den hierarchischen Vorgesetzten. Wer von ihnen nicht gehörig »nach des Rats Erkenntnis« seines Amtes waltete, dem konnten »stiftungsgemäß« die Gelder gesperrt werden — eine stiftungsgemäße Temporaliensperre! Er konnte, wie wir sahen, schließlich ganz aus seiner Stelle entfernt werden. Das besagte in der Tat eine sehr starke Herrschaft der Stadtgemeinde im städtischen Kirchenwesen, ein weitgreifendes Hereinspielen des gemeindlichen Laienelementes in den Bereich der hierarchisch gefügten Kirche. Und es leuchtet ein, was dies auch für die Reformationsgeschichte bedeutete. Ein Stadtrat, welcher der neuen Lehre anhing, konnte sich im Gewissen verpflichtet fühlen, die Ausübung des alten Kultus seitens des Inhabers einer in seiner Treuhand stehenden Pfründe als »nach seiner Erkenntnis« nicht mehr stiftungsgemäß, nicht mehr dem Seelenheil des Stifters dienlich zu erklären und ihn vor die Wahl stellen, dem alten Kultus oder seiner Pfründe zu entsagen[1]. Für die Besetzung vakanter Pfründen mit Bekennern des Luthertums konnte diese Machtstellung des Rats natürlich noch viel leichter bestimmend sein. Bei neuen testamentarischen Stiftungen aber konnte er vermöge der ihm zustehenden Testamentskontrolle[2] den Stiftungsinhalt selbst im Sinne der neuen Lehre beeinflussen[3]. Den geschichtlichen Vorgängen in dieser Richtung soll jedoch hier nicht weiter nachgegangen werden.

---

[1] Ich verweise auf das Beispiel aus Altenburg vom Jahre 1522, über das Karl Müller, Kirche, Gemeinde und Obrigkeit nach Luther (1910), S. 41, 55 berichtet und das um so beweiskräftiger ist, als hier der Rat, obschon er nicht das Besetzungsrecht hat, auf Grund seines Rechtes zur Temporalienverwaltung und Verwendungskontrolle in solcher Weise vorgeht.

[2] Siehe oben S. 120.

[3] So erklärt ein Magdeburger Schöffenspruch von 1532 ein Testament, soweit es den Wendischen Prediger, die Kapelle und die armen Leute bedenkt, für rechtswirksam, soweit es dagegen die Vigilien, Seelenmessen und dergleichen betrifft, »weil sie dem Evangelio und göttlichem Wort entgegen«, für kraftlos: Otto Loening a. a. O. S. 129 f.

III.

Sicherlich zeugt die Ratstreuhänderschaft als typische Erscheinung von einem kräftig entwickelten bürgerlichen Gemeinsinn, der sein Vertrauen selbst in religiösen Dingen — bei der Sorge für das Heil der Seele — von den kirchlich geordneten Instanzen ab- und den eigenen genossenschaftlichen Organen zuwendete. Aber sie beruhte, wenn auch diese Organe gelegentlich mit einigem Druck auf die Bürger, ja sogar mit einer Art Reglementierung nachhalfen, rechtlich in jedem einzelnen Falle auf dem privaten Willen des einzelnen Schenkers oder Stifters, also auf einem rechtsgeschäftlichen, privatrechtlichen Spezialtitel. Die Gemeindetätigkeit erhielt hier ihre Legitimation von einzelnen Bürgern.

Die Stadtgemeinde hat jedoch auch von sich aus, als solche, als Genossenschaft, unmittelbar der kirchlichen Dinge sich bemächtigt. Die Legitimation dafür lag in dem Wesen der mittelalterlichen Genossenschaft. Ihr war eine strenge Zweckbegrenzung fremd. Sie dehnte ihren Bereich aus, soweit ihre Macht reichte. Die Passivität des mittelalterlichen Staates gab ihr freien Spielraum dafür. Es ist bekannt, wie in den letzten drei Jahrhunderten des Mittelalters in den Städten diese genossenschaftliche Expansion ganz besonders siegreich nach allen Richtungen an der Arbeit war. Kein Wunder, daß sie auch das kirchliche Gebiet erfaßte, daß die Stadt daran ging, auch dieses in den örtlichen Grenzen ihrer Herrschaft in ihren Bereich hineinzuziehen. Die mittelalterliche Vorstellung von der Einheit von Kirche und Welt wies ohnehin in diese Richtung. Es war ja auch die Zeit, in der das Gefüge der hierarchischen Kirchenverfassung sich mehr und mehr lockerte.

Das Feld, auf dem die Stadtgemeinde wohl zuerst sich autonom betätigte, war das der kirchlichen Vermögensverwaltung[1]. In der ersten Hälfte des 13. Jahrhunderts taucht für diese Verwaltung in den Städten ein besonderes Laienamt auf[2]. Es wird bald überall eingeführt. Seine zahllosen Namen — provisores, procuratores, gubernatores, rectores, magistri fabricae, iurati, vitrici, Kirchenpfleger, Heiligenpfleger, Kirchenhelfer, Kirchenmeister, Kirchengeschworene, Kirchenvorsteher, Kirchenväter, Kirchbitter, Gotteshausleute, Gotteshausmeister, Alterleute u. a. —

---

[1] Die Pfarrwahl war kein Erzeugnis genossenschaftlicher Rechtsetzung. Darüber oben S. 109 ff.

[2] Hauck, Kirchengeschichte IV (3/4. Aufl.), S. 58.

zeugen von seiner Verbreitung. Diese Beamten verwalteten in erster Linie die pfarrkirchliche Fabrik — Bau und Baufond — und die für die Bedürfnisse des Kultus bestimmten Gegenstände und Kassen. Dasselbe Amt erstreckte sich dann aber auch in die Pfründenverwaltung, wenigstens so weit, als diese unter der Herrschaft oder doch Oberaufsicht des Rates stand; es ist daher ihrer oben (II) bei den Meß- und Pfründstiftungen bereits öfter[1] Erwähnung getan. Solche Helfer (provisores) aus der Mitte der Parochianen mögen vielleicht schon vordem von Pfarrern und kirchlichen Anstalten herangezogen worden sein, um in voller Abhängigkeit sie bei ihrer Fabrik- und sonstigen Vermögensverwaltung zu unterstützen[2]; das soll hier nicht untersucht werden. Das typisch[3] Besondere in den Städten war gerade die bald sich ganz durchsetzende Unabhängigkeit dieser Beamten vom Pfarrer, der schließlich vollständig aus diesem Verwaltungsressort verdrängt wurde, und ihre Einordnung in die Verwaltungsorganisation der Stadtgemeinde[4]. Diese Neugestaltung des Amts kann man allerdings mit Hauck als unzweifelhaft »aus der Initiative der Bürgerschaft hervorgegangen« bezeichnen.

Das Amt war ein vollwertiges städtisches Gemeindeamt. Im Stadtrechtsbuch von Mosbach von 1526[5] heißt es:

»Ein ieder, der von der stadt wegen ein amp(t) tregt, als burgermainster, spitalmainster, guttenleutmainster, hailigenpfleger etc.«

---

[1] S. 112, 117, 121. Siehe dazu etwa noch Heepe, S. 36[3], Karl Müller, Eßlinger Pfarrkirche, S. 280[4].

[2] Hauck a. a. O. N. 3 a. E. Siehe über die Entwicklung beim Eßlinger Spital Karl Müller a. a. O. S. 269 ff. Ob auch schon von den alten (weltlichen) Eigenkirchenherren? Vgl. für die spätere Zeit Künstle a. a. O. S. 76[5], 77[9], [11], [13].

[3] Natürlich gab es Ausnahmen, wo entweder die Hierarchie von sich aus dies abzuwehren vermochte oder ein Landesherr für sie eintrat.

[4] Die Definition, die Friedberg, Lehrb. des kath. u. evang. Kirchenrechts, 6. Aufl. § 182 I gibt (»meist nicht Repräsentanten der Gemeinde, sondern aus dieser vom Kirchenoberen frei gewählte und frei entlaßbare Gehilfen«) entspricht nicht dem, was wirklich in den Stadtgemeinden und dann auch in den Landgemeinden (Künstle, S. 76 f.) die Regel wurde. Die Einschränkung, die er selbst dazu in Anm. 4 macht, hätte die Fassung des Textes bestimmen müssen. Sägmüller, Lehrb. des katholischen Kirchenrechts, 2. Aufl., S. 890, folgt der Definition Friedbergs ohne jede Einschränkung!

[5] Oberrheinische Stadtrechte I 5, S. 596.

Es war allenthalben der Rat, der das Amt besetzte. Oft bestellte er alle Kirchenpfleger aus seiner Mitte, oft nahm er einen aus dem Rat und setzte ihm einen zweiten aus der Bürgerschaft an die Seite. Mitunter wurde, wo der Rat jährlich erneuert wurde, mit diesem auch das Pflegeramt wieder neu besetzt. Daß es ein solches Ratsamt, eine Ratsdeputation war, wissen wir aus den verschiedensten Städten, z. B. Freiburg i. Br., Neuenburg a. Rhein, Straßburg, Zürich, Braunschweig, Goslar, Hanau, Frankfurt a. O.[1]. Bezeichnend ist eine Vorschrift der Stadtordnung des Erzbischofs Albrecht von Mainz für Külsheim von 1528. Das Strafgericht, das vom Landesherrn über diese Stadt verhängt worden war und zur Zerstörung der Gemeindeorganisation geführt hatte, kam auch darin zum Ausdruck, daß an Stelle der früheren zwei Gotteshausmeister, deren einer aus dem Rat, der andere aus der Gemeinde erwählt worden war:

»amptmann, keller (die Beamten des Landesfürsten) und die priester hinfurter zwen tuglich und geschickte personen, so dem gemelten gotzhaus woll fursteen . . . mogen, bestellen (sollen), die auch alle jare den amptleuten und priestern alles ires einnemens und außgebens auffrichtig rechnung thun sollen«[2].

Selbst der alte Name »Gotteshausmeister« wird vermieden. Die Sorge vor der andringenden Reformation mag mitbestimmend gewesen sein. Der frühere enge Zusammenhang des Kirchenpflegeramts mit der Organisation der Stadtgemeinde kann aber gar nicht augenscheinlicher gemacht werden als durch diese Neuordnung. Er tritt auch in den städtischen Eidbüchern zutage, die den Pflegereid mit aufnehmen. So verlangt das Überlinger Eidbuch (zwischen 1504 und 1513) von den Pflegern den Schwur:

---

[1] Stutz, Münster, S. 19, Oberrh. Stadtr. II 3 Nr. 75 Ziff. 15 (S. 160), Kothe, S. 65 a. E., Stutz, Höngger Meiergerichtsurteile (1912), S. 48[10], Heepe, S. 11[1], Schiller, S. 110[2] verb. mit 112, Fr. Heck, S. 17[5] (in Hanau aus den Schöffen des Stadtgerichts gewählt), Niedner, S. 12[3]. — Auch in Ulm war es Gewohnheit, die Kirchenpfleger aus dem Rat zu nehmen; ein Ratserlaß von 1407 änderte dies aber wegen zu starker Arbeitslast des Rates: Mollwo, Das rote Buch der Stadt Ulm, Nr. 264, S. 145.

[2] Oberrhein. Stadtr. I 3, S. 295, Kap. 14; siehe dazu die Einleitung der Stadtordnung für Krautheim und Ballenberg vom gleichen Jahre, ebenda S. 197, und die Anm. 1 auf S. 292.

»was üch allen und üwer jeglichen besonder der hailigen und der kirchen gûts inwirdet (innewird, in eure Innehabung kommt), dasselb ouch wider an irn nuţ und frommen oder nach ains rats erkanntnuß bewenden, und der hailigen gût und gelt zû üwerm aigen nuţ nit bewenden noch hinzelichen (auszuleihen), one miner herrn (d. i. des Rats) wissen und willen«[1].

Der »anno 1532 gebesserte« Kirchenpflegereid im Ratbuch der Stadt Reichenweier (Elsaß) legt unter anderem den Schwur auf:

»zu jar umb ir innome und ußgab, yeder von seiner pflegd wegen, ufrecht und erber rechnung zu thund; was sich dan an (ohne) rechnung befindet, darumben nach bescheid eins ersamen rats unverzoglich bezalung zu erstatten«[2].

Beide Eide ergeben die volle Unterordnung der Pfleger unter den Rat, dem sie zur regelmäßigen Rechnungslegung verpflichtet[3] und verantwortlich sind. Schon oben[4] war aus den Lübbener Stadtbüchern ein Eintrag über eine Seelgerätstiftung zu Händen des Rats angezogen, die diesen anweist, »den vorstendern (d. i. den Kirchenpflegern), wie man's domit haldin sal, zcu gebiten.« Träger der Verwaltung ist demnach der Rat. Die Pfleger haben kein Recht auf selbständiges Handeln. Wenn sie handeln, tun sie dies, gewissermaßen als Subkommission, für den Rat. Deutlich zeigt sich dies in zahlreichen Einträgen derselben Lübbener Stadtbücher aus dem 15. und dem beginnenden 16. Jahrhundert. Öfter treten dort bei Rechtsgeschäften »Rat und Gotteshausleute« zusammen auf, ersterer dann immer vorangestellt, so z. B. das eine Mal[5], wo sie eine der Pfarrkirche gehörige Braupfanne, mit dem Beding späteren Rückfalls beim Ableben des Käufers und seiner Ehefrau, verkaufen. In anderen Fällen vertritt der Rat allein das »Gotteshaus«, ohne daß der Gotteshausleute Erwähnung geschieht, z. B. bei der Entgegennahme einer Auflassung an das Gotteshaus[6]. Das zinsbare Ausleihen kirchlicher Gelder geschieht etliche Male[7] durch die Gottes-

---

[1] Oberrh. Stadtr. II 2, S. 220.

[2] Elsässische Stadtrechte II 1, S. 38.

[3] Siehe auch das Stadtbuch von Frankfurt a. O. von 1516 und die Polizeiordnung für die märkischen Städte von 1515 bei Niedner a. a. O.

[4] S. 121.

[5] II Nr. 382.

[6] I Nr. 383.

[7] I Nr. 368, 409.

hausleute allein, doch so, daß es dabei ausdrücklich heißt, die Aufkündigung des Kapitals durch den Schuldner zur Rückzahlung, Ablösung solle mit vierteljährlicher Kündigungsfrist dem Rat gegenüber zu erfolgen haben. Denn da handelte es sich dann darum, das Geld wieder bei einem anderen kreditsuchenden Bürger unterzubringen. Das wollte der Rat in der Hand behalten. Nach einer Berliner Urkunde von 1470[1] bestellen die Kirchenvorsteher von Unserer lieben Frauen mit »rade und gantzer witschop, willen und fulbortt unses herren des rades to Berlin« eine Wiederkaufsgült »upp dez selven godeshusz cleynodt unde guder«. In Überlingen band die Kirchenpfleger, wie wir sahen, ihr Eid ausdrücklich, Kirchengelder nur mit Wissen und Willen des Rats auszuleihen. In den Hallischen Schöffenbüchern erscheinen freilich, soweit ich sehe, ausnahmslos die Alterleute allein vor dem Schöffengericht ohne den ganzen Rat, und zwar bei allen möglichen Rechtsgeschäften, sowohl bei der Entgegennahme von Liegenschafts- und Gültauflassungen, die an die Pfarrkirchen erfolgen[2], als bei Auflassungen den Kirchen gehöriger Liegenschaften und Gülten an andere[3], wie in Prozessen[4] und in der Vollstreckung (als fronende Gültgläubiger[5]). Aber das spricht nicht dafür, daß die Stellung der Alterleute zum Rat hier eine grundsätzlich andere war. Die Möglichkeit, daß der Rat diese seine »Kirchendeputation« nach außen, vor Gericht, immer allein handeln ließ, bestand natürlich, ebenso wie er auch in anderen Geschäftszweigen sich durch seine Deputationen dauernd vertreten[6] und in Goslar[7] z. B. auch die Rechtsvertretung bei der von ihm in die Hand genommenen Klosterverwaltung (s. unten) durch zwei Ratsherren besorgen ließ. Von einer

---

[1] von Brünneck, Beiträge zur Geschichte des Kirchenrechts in den deutschen Kolonisationslanden, Teil II, S. 97[1]. Siehe auch die weiteren dort angeführten Urkunden.

[2] I Nr. 1028 (1320), II Nr. 256 (zwischen 1315 und 1369), III Nr. 758, 759, 760 (1368 bis 1371), IV Nr. 558 (1400), IV[2] Nr. 1133 (1417), 1299 (1418), 1734 (1423), 1755 (1423).

[3] I Nr. 1028 (1320), II Nr. 471 (1369), IV Nr. 539 (1400), V Nr. 1212 (1435), 2374 (1455).

[4] V Nr. 76 (1426): auf der beklagten Seite.

[5] V Nr. 2017 (1441).

[6] G. L. von Maurer, Geschichte der Städteverfassung in Deutschland, Bd. 3, S. 190 ff.; Hans Erich Feine, Der Goslarische Rat bis zum Jahre 1400 (Gierkes Untersuchungen, Heft 120), 1913, S. 122 f.

[7] Schiller a. a. O. S. 124[6], 132[7].

zeugen von seiner Verbreitung. Diese Beamten verwalteten in erster Linie die pfarrkirchliche Fabrik — Bau und Baufond — und die für die Bedürfnisse des Kultus bestimmten Gegenstände und Kassen. Dasselbe Amt erstreckte sich dann aber auch in die Pfründenverwaltung, wenigstens so weit, als diese unter der Herrschaft oder doch Oberaufsicht des Rates stand; es ist daher ihrer oben (II) bei den Meß- und Pfründstiftungen bereits öfter[1] Erwähnung getan. Solche Helfer (provisores) aus der Mitte der Parochianen mögen vielleicht schon vordem von Pfarrern und kirchlichen Anstalten herangezogen worden sein, um in voller Abhängigkeit sie bei ihrer Fabrik- und sonstigen Vermögensverwaltung zu unterstützen[2]; das soll hier nicht untersucht werden. Das typisch[3] Besondere in den Städten war gerade die bald sich ganz durchsetzende Unabhängigkeit dieser Beamten vom Pfarrer, der schließlich vollständig aus diesem Verwaltungsressort verdrängt wurde, und ihre Einordnung in die Verwaltungsorganisation der Stadtgemeinde[4]. Diese Neugestaltung des Amts kann man allerdings mit Hauck als unzweifelhaft »aus der Initiative der Bürgerschaft hervorgegangen« bezeichnen.

Das Amt war ein vollwertiges städtisches Gemeindeamt. Im Stadtrechtsbuch von Mosbach von 1526[5] heißt es:

»Ein ieder, der von der stadt wegen ein amp(t) tregt, als burgermainster, spitalmainster, guttenleutmainster, hailigenpfleger etc.«

---

[1] S. 112, 117, 121. Siehe dazu etwa noch Heepe, S. 36[3], Karl Müller, Eßlinger Pfarrkirche, S. 280[4].

[2] Hauck a. a. O. N. 3 a. E. Siehe über die Entwicklung beim Eßlinger Spital Karl Müller a. a. O. S. 269 ff. Ob auch schon von den alten (weltlichen) Eigenkirchenherren? Vgl. für die spätere Zeit Künstle a. a. O. S. 76[5], 77[9], [11], [13].

[3] Natürlich gab es Ausnahmen, wo entweder die Hierarchie von sich aus dies abzuwehren vermochte oder ein Landesherr für sie eintrat.

[4] Die Definition, die Friedberg, Lehrb. des kath. u. evang. Kirchenrechts, 6. Aufl. § 182 I gibt (»meist nicht Repräsentanten der Gemeinde, sondern aus dieser vom Kirchenoberen frei gewählte und frei entlaßbare Gehilfen«) entspricht nicht dem, was wirklich in den Stadtgemeinden und dann auch in den Landgemeinden (Künstle, S. 76 f.) die Regel wurde. Die Einschränkung, die er selbst dazu in Anm. 4 macht, hätte die Fassung des Textes bestimmen müssen. Sägmüller, Lehrb. des katholischen Kirchenrechts, 2. Aufl., S. 890, folgt der Definition Friedbergs ohne jede Einschränkung!

[5] Oberrheinische Stadtrechte I 5, S. 596.

Es war allenthalben der Rat, der das Amt besetzte. Oft bestellte er alle Kirchenpfleger aus seiner Mitte, oft nahm er einen aus dem Rat und setzte ihm einen zweiten aus der Bürgerschaft an die Seite. Mitunter wurde, wo der Rat jährlich erneuert wurde, mit diesem auch das Pflegeramt wieder neu besetzt. Daß es ein solches Ratsamt, eine Ratsdeputation war, wissen wir aus den verschiedensten Städten, z. B. Freiburg i. Br., Neuenburg a. Rhein, Straßburg, Zürich, Braunschweig, Goslar, Hanau, Frankfurt a. O.[1]. Bezeichnend ist eine Vorschrift der Stadtordnung des Erzbischofs Albrecht von Mainz für Külsheim von 1528. Das Strafgericht, das vom Landesherrn über diese Stadt verhängt worden war und zur Zerstörung der Gemeindeorganisation geführt hatte, kam auch darin zum Ausdruck, daß an Stelle der früheren zwei Gotteshausmeister, deren einer aus dem Rat, der andere aus der Gemeinde erwählt worden war:

> »amptmann, keller (die Beamten des Landesfürsten) und die priester hinfurter zwen tuglich und geschickte personen, so dem gemelten gotzhaus woll fursteen . . . mogen, bestellen (sollen), die auch alle jare den amptleuten und priestern alles ires einnemens und außgebens auffrichtig rechnung thun sollen«[2].

Selbst der alte Name »Gotteshausmeister« wird vermieden. Die Sorge vor der andringenden Reformation mag mitbestimmend gewesen sein. Der frühere enge Zusammenhang des Kirchenpflegeramts mit der Organisation der Stadtgemeinde kann aber gar nicht augenscheinlicher gemacht werden als durch diese Neuordnung. Er tritt auch in den städtischen Eidbüchern zutage, die den Pflegereid mit aufnehmen. So verlangt das Überlinger Eidbuch (zwischen 1504 und 1513) von den Pflegern den Schwur:

---

[1] Stutz, Münster, S. 19, Oberrh. Stadtr. II 3 Nr. 75 Ziff. 15 (S. 160), Kothe, S. 65 a. E., Stutz, Höngger Meiergerichtsurteile (1912), S. 48[10], Heepe, S. 11[1], Schiller, S. 110[2] verb. mit 112, Fr. Heck, S. 17[5] (in Hanau aus den Schöffen des Stadtgerichts gewählt), Niedner, S. 12[3]. — Auch in Ulm war es Gewohnheit, die Kirchenpfleger aus dem Rat zu nehmen; ein Ratserlaß von 1407 änderte dies aber wegen zu starker Arbeitslast des Rates: Mollwo, Das rote Buch der Stadt Ulm, Nr. 264, S. 145.

[2] Oberrhein. Stadtr. I 3, S. 295, Kap. 14; siehe dazu die Einleitung der Stadtordnung für Krautheim und Ballenberg vom gleichen Jahre, ebenda S. 197, und die Anm. 1 auf S. 292.

»was üch allen und üwer jeglichen besonder der hailigen und der kirchen gûts inwirdet (innewird, in eure Innehabung kommt), dasselb ouch wider an irn nutȝ und frommen oder nach ains rats erkanntnuß bewenden, und der hailigen gût und gelt zû üwerm aigen nutȝ nit bewenden noch hinzelichen (auszuleihen), one miner herrn (d. i. des Rats) wissen und willen«[1].

Der »anno 1532 gebesserte« Kirchenpflegereid im Ratbuch der Stadt Reichenweier (Elsaß) legt unter anderem den Schwur auf:

»zu jar umb ir innome und ußgab, yeder von seiner pflegd wegen, ufrecht und erber rechnung zu thund; was sich dan an (ohne) rechnung befindet, darumben nach bescheid eins ersamen rats unverzoglich bezalung zu erstatten«[2].

Beide Eide ergeben die volle Unterordnung der Pfleger unter den Rat, dem sie zur regelmäßigen Rechnungslegung verpflichtet[3] und verantwortlich sind. Schon oben[4] war aus den Lübbener Stadtbüchern ein Eintrag über eine Seelgerätstiftung zu Händen des Rats angezogen, die diesen anweist, »den vorstendern (d. i. den Kirchenpflegern), wie man's domit haldin sal, zcu gebiten.« Träger der Verwaltung ist demnach der Rat. Die Pfleger haben kein Recht auf selbständiges Handeln. Wenn sie handeln, tun sie dies, gewissermaßen als Subkommission, für den Rat. Deutlich zeigt sich dies in zahlreichen Einträgen derselben Lübbener Stadtbücher aus dem 15. und dem beginnenden 16. Jahrhundert. Öfter treten dort bei Rechtsgeschäften »Rat und Gotteshausleute« zusammen auf, ersterer dann immer vorangestellt, so z. B. das eine Mal[5], wo sie eine der Pfarrkirche gehörige Braupfanne, mit dem Beding späteren Rückfalls beim Ableben des Käufers und seiner Ehefrau, verkaufen. In anderen Fällen vertritt der Rat allein das »Gotteshaus«, ohne daß der Gotteshausleute Erwähnung geschieht, z. B. bei der Entgegennahme einer Auflassung an das Gotteshaus[6]. Das zinsbare Ausleihen kirchlicher Gelder geschieht etliche Male[7] durch die Gottes-

---

[1] Oberrh. Stadtr. II 2, S. 220.

[2] Elsässische Stadtrechte II 1, S. 38.

[3] Siehe auch das Stadtbuch von Frankfurt a. O. von 1516 und die Polizeiordnung für die märkischen Städte von 1515 bei Niedner a. a. O.

[4] S. 121.

[5] II Nr. 382.

[6] I Nr. 383.

[7] I Nr. 368, 409.

hausleute allein, doch so, daß es dabei ausdrücklich heißt, die Aufkündigung des Kapitals durch den Schuldner zur Rückzahlung, Ablösung solle mit vierteljährlicher Kündigungsfrist dem Rat gegenüber zu erfolgen haben. Denn da handelte es sich dann darum, das Geld wieder bei einem anderen kreditsuchenden Bürger unterzubringen. Das wollte der Rat in der Hand behalten. Nach einer Berliner Urkunde von 1470[1] bestellen die Kirchenvorsteher von Unserer lieben Frauen mit »rade und gantzer witschop, willen und fulbortt unses herren des rades to Berlin« eine Wiederkaufsgült »upp dez selven godeshusz cleynodt unde guder«. In Überlingen band die Kirchenpfleger, wie wir sahen, ihr Eid ausdrücklich, Kirchengelder nur mit Wissen und Willen des Rats auszuleihen. In den Hallischen Schöffenbüchern erscheinen freilich, soweit ich sehe, ausnahmslos die Alterleute allein vor dem Schöffengericht ohne den ganzen Rat, und zwar bei allen möglichen Rechtsgeschäften, sowohl bei der Entgegennahme von Liegenschafts- und Gültauflassungen, die an die Pfarrkirchen erfolgen[2], als bei Auflassungen den Kirchen gehöriger Liegenschaften und Gülten an andere[3], wie in Prozessen[4] und in der Vollstreckung (als fronende Gültgläubiger[5]). Aber das spricht nicht dafür, daß die Stellung der Alterleute zum Rat hier eine grundsätzlich andere war. Die Möglichkeit, daß der Rat diese seine »Kirchendeputation« nach außen, vor Gericht, immer allein handeln ließ, bestand natürlich, ebenso wie er auch in anderen Geschäftszweigen sich durch seine Deputationen dauernd vertreten[6] und in Goslar[7] z. B. auch die Rechtsvertretung bei der von ihm in die Hand genommenen Klosterverwaltung (s. unten) durch zwei Ratsherren besorgen ließ. Von einer

---

[1] von Brünneck, Beiträge zur Geschichte des Kirchenrechts in den deutschen Kolonisationslanden, Teil II, S. 97[1]. Siehe auch die weiteren dort angeführten Urkunden.

[2] I Nr. 1028 (1320), II Nr. 256 (zwischen 1315 und 1369), III Nr. 758, 759, 760 (1368 bis 1371), IV Nr. 558 (1400), IV[2] Nr. 1133 (1417), 1299 (1418), 1734 (1423), 1755 (1423).

[3] I Nr. 1028 (1320), II Nr. 471 (1369), IV Nr. 539 (1400), V Nr. 1212 (1435), 2374 (1455).

[4] V Nr. 76 (1426): auf der beklagten Seite.

[5] V Nr. 2017 (1441).

[6] G. L. von Maurer, Geschichte der Städteverfassung in Deutschland, Bd. 3, S. 190 ff.; Hans Erich Feine, Der Goslarische Rat bis zum Jahre 1400 (Gierkes Untersuchungen, Heft 120), 1913, S. 122 f.

[7] Schiller a. a. O. S. 124[6], 132[7].

Mitwirkung des Pfarrers endlich finden wir in den Lübbener Stadtbüchern und den Hallischen Schöffenbüchern bei den Rechtsakten der Kirchenpfleger keine Spur. Nach der Polizeiordnung für die märkischen Städte von 1515 [1] zwar sollen die Kirchväter jährlich dem Rat »im Beisein des Pfarrers« richtige Rechnung tun; aber hier handelt es sich bereits um eine Verordnung des Landesherrn für seine Territorialstädte, nicht um eine autonome Stadtsatzung, und gleichwohl um nichts mehr, als eine bloße passive Assistenz!

Wie bei den Pfarrkirchen, geschah es auch bei den anderen Kirchen der Stadt [2], ja mehr oder weniger — hier mit verschiedenem Erfolge — selbst bei in der Stadt befindlichen Klöstern. Auch ihre Vermögensverwaltung wurde vermittelst der Einsetzung solcher bürgerlicher, vom Rat abhängiger Pflegeämter von der Stadtgemeinde in Beschlag genommen [3]. E. Schiller [4] hat für Goslar die einzelnen Schritte der zielbewußt hierauf gerichteten Ratspolitik in eingehender Untersuchung dargelegt. Hier waren es die vom Rat aus den Ratsfamilien bestellten »Klostervormunden«, die für das Kloster die Geschäfte unter Obervormundschaft des Rates führten, der auch hier wiederum gelegentlich an ihrer Stelle selbst handelnd auftrat [5]. Ja die Vermischung der Interessen ging hier öfters so weit, daß der Rat für die Kreditgeschäfte des Klosters die Bürgschaft übernahm, freilich nicht ohne daß er dafür nach damaligem deutschen Bürgschaftsrecht das Pfändungsrecht am Klostergut erhielt [6].

Dieses Laienamt der Kirchen- und Klosterpfleger mit dem Rat dahinter bedeutete im Ergebnis eine Kommunalisierung der kirchlichen Vermögensverwaltung. Man muß sich das juristisch so vorstellen: Die Pfleger waren Organe des Rats; der Rat war das Organ der Stadtgemeinde; die Stadtgemeinde legte sich die »gesetzliche Vertretung« der Pfarrkirchen (und Klöster) als kirchlicher Rechtspersönlichkeiten bei; sie rückte hinsichtlich der Vermögensverwaltung in die Stellung des Pfarrers

---

[1] Niedner S. 12.

[2] Kothe S. 67.

[3] Siehe z. B. für Straßburg Kothe, S. 68 ff., für Konstanz Konrad Beyerle, Geschichte des Chorstifts und der Pfarrei St. Johann zu Konstanz (1908), S. 13, 251. In Hallischen Schöffenbüchern V, Nr. 98 (1426) erscheinen vor Gericht zusammen die »alterleute und vorsteher der pharren unde clostere in der stad«.

[4] A. a. O. S. 110 ff.

[5] Schiller, S. 115 f.

[6] Schiller, S. 118[1].

(des Klosterkonvents)[1]. Wir werden uns nicht verwundern, dies meist in den Quellen nicht so scharf ausgedrückt zu sehen. Als Veräußerer und Erwerber treten dort gewöhnlich die natürlich immer als solche bezeichneten Kirchenpfleger oder Rat und Kirchenpfleger auf, und nicht die kirchliche Anstalt. Doch finden sich Ausnahmen, welche das Bewußtsein des Urkundenden, daß es sich um Rechtsgeschäfte der kirchlichen Anstalt handle, durch die Fassung des Textes wiedergeben. Ich verweise z. B. auf Hallische Schöffenbücher I, Nr. 1028 (1320), wo eine Gült »den vier Pfarren« begeben wird, oder V, Nr. 2374 (1455), wo es heißt, daß eine Liegenschaft den Alterleuten »zcu der genantin pharkirchen hant gegebin waz«[2], oder auf Lübbener Stadtbücher I, Nr. 383 (1468), wo gebucht ist, daß eine Frau ihr halbes Erbe »unßerm gotishauße« vor sitzendem Rate, der damit die Übereignung entgegennimmt, aufgegeben habe.

Das gemeindliche Element, die Stadtgemeinde[3], drang damit in ein Gebiet ein, das nach kanonischem Recht den Laien grundsätzlich verschlossen war. Der Widerstand der Hierarchie scheint nicht erheblich, jedenfalls nicht erfolgreich gewesen zu sein. Gerade der Würzburger Synodalbeschluß von 1287 c. 35[4], auf den Hauck[5] mit Recht hinweist, mit seiner Verurteilung der Einsetzung und Besetzung des Laien-Kirchpfleger-Amts ohne Konsens des kirchlichen Oberen, deutet ausdrücklich darauf hin, daß, was hier verurteilt wurde, schon damals sich ein-

---

[1] Stutz, Münster, S. 19 deutet für die Freiburger Münsterpflegschaft an, daß sie »ursprünglich vielleicht eine Salmannschaft war«. So deutlich die Treuhänderschaft bei den Pfründstiftungen sich kundgibt (oben II), so wenig vermag ich sichere Zeichen für ein Treuhand-Vorstadium bei diesen Kirchenpflegschaften zu erkennen. Freilich fehlt meiner Untersuchung das Frühmaterial.

[2] Siehe auch die Willkür der Stadt Halle vom 24. September 1482 bei Dreyhaupt, Pagus Neletici et Nudzici oder Beschreibung des Saalkreises, Teil 2, S. 318: »Wäre es, daß jemand . . . sein Haus und Hof . . . einem Gotteshause zur Ehre Gottes zum Gebäude in seinem Testament bescheiden würde, das sollen die Vorsteher des Gotteshauses verkaufen.« Dazu O. Loening, S. 128.

[3] Die Landgemeinden folgten, wenn auch nicht mit gleicher Energie. Künstle, S. 76 f., oben S. 130[4].

[4] Hartzheim, Concilia Germaniae III, S. 733.

[5] IV, S. 58[4]. Siehe freilich auch den Beschluß der Magdeburger Synode von 1313 (nicht 1266, vgl. Hauck a. a. O. V, 1, S. 143[1]) c. 23 (Hartzheim III, S. 802), der von den »provisores seu vitrici qui altrimanni vulgari vocabulo nuncupantur« jährlich zweimalige Rechnungslegung vor dem rector ecclesiae und etlichen ehrbaren Männern aus der Parochie verlangt.

gebürgert hatte. In der Folgezeit wird man noch weniger mit Widerständen der kirchlichen Obrigkeit haben rechnen müssen. Es handelt sich bei alledem in der Tat um ein autonomes Wirken der Stadtgemeinde. Daran würde sich selbst dann nichts ändern, wenn man, wie es geschehen[1], die städtische Verwaltung der Kirchenfabrik aus einer Baulast der Parochianen als kirchenrechtlicher Pflicht geschichtlich ableiten wollte. Denn diese Pflicht gäbe noch keinen Rechtsgrund für ein die kirchlichen Behörden verdrängendes Recht zur Verwaltung des ja aus allen möglichen Quellen, wie Oblationen und Seelgerätszuwendungen, gespeisten Fabrikvermögens. Jener Würzburger Synodalbeschluß weist solche Folgerung mit der Wendung:

»Laicos . . ., praetextu fabricae Ecclesiae reparandae, . . . ad recipiendum oblationes seu proventus alias concessos fabricae deputatos«

mit Fug zurück. Aber wie stand es überhaupt in der Zeit, bevor jene städtischen Kirchenpfleger aufkamen, faktisch mit der Baulast aller Parochianen? Der Punkt ist noch ganz ungeklärt[2] und bedarf einer sorgfältigen quellenmäßigen Behandlung, die hier nicht gegeben werden kann. Man könnte mit der Möglichkeit rechnen, daß die Kommunalisierung der Kirchenfabrik das frühere, die gewohnheitsrechtliche Entstehung der Baulast der Stadtgemeinde das spätere gewesen ist.

Ganz und gar verbietet sich die Zurückführung des städtischen Kirchenpflegeramts auf den Patronat der Stadtgemeinde, da die Städte nicht Bedenken getragen haben, auch da, wo sie des Patronates an der Pfarrkirche ermangelten, jenes Amt auszubilden[3]. Die Verquickung von Kirchenpatronatsrecht und autonomer Stadtrechtsschöpfung hat, worüber uns das Buch von Niedner eindringlich belehrt hat, in der Folge manche Verwirrung angestiftet[4].

IV.

Die korporative Tätigkeit der Stadtgemeinde auf kirchlichem Gebiete ging über die Vermögensverwaltung weit hinaus. Auch Schule und Spital wurden in großem Umfange verbürgerlicht; doch sollen diese

---

[1] Werminghoff a. a. O. S. 108 N. 5 a. E.; Sägmüller, Lehrb. S. 890. Siehe auch Stutz, Münster, S. 15; O. Gierke, Genossenschaftsrecht II, S. 540 f., 541[47] mit 403[66].

[2] von Brünneck a. a. O. S. 95, Friedberg, Lehrb.[6], S. 608[11].

[3] Siehe z. B. Stutz, Münster, S. 8 ff., 13[1], 19, Niedner a. a. O. S. 12 Anm. 3 a. E.

[4] Ich nehme selbst Anstand, hier in dem allgemeinen Sinne, in dem es Schiller a. a. O. S. 138 ff., 140 tut, das Eigenkirchenwesen zur Erklärung heranzuziehen.

weitausschauenden Kapitel hier unerörtert bleiben[1]. Ebenso folgte die Stadtgemeinde der Kirche auf deren eigentlichste Domäne, die Kirchenzucht. Sie übte sie sowohl über die Laien, worauf ich gleichfalls nicht eingehen will[2], als selbst über den niederen Stadtklerus. Es ist bekannt, zu wievielen Klagen dieser während des 14. und 15. Jahrhunderts mit andauernder Steigerung bis zum Ausgang des Mittelalters Anlaß gab. Bei übergroßer Zahl, an der die Bürger durch ihre vielen Pfründstiftungen mit die Schuld trugen, doch starke Pflichtversäumnisse und Unregelmäßigkeiten in der geistlichen Versorgung der Bürgerschaft! Da suchte nicht selten die Stadt selbst durch ihr Organ, den Rat, den Mißständen zu Leibe zu gehen. Die Berechtigung schöpfte sie bei den gestifteten Pfründen aus der ihr zugewiesenen Treuhänderschaft. Schon die Stiftungsurkunden konnten in dieser Hinsicht dem Rat manche ausdrückliche Direktiven geben, wie sie es nach der Darstellung Hepes[3] in erheblichem Maße in Braunschweig taten. Der Rat konnte aber auch von sich aus die Verleihung einer solchen Pfründe von der Leistung gewisser Garantieen von seiten des zu Beleihenden abhängig machen, und er konnte weiter zur Aufstellung allgemeiner Verleihungsbedingungen in dieser Richtung, die für alle von ihm zu besetzenden Pfründen in allen künftigen Fällen gelten sollten, fortschreiten. Er konnte jedem Anwärter eine Art »Wahlkapitulation« abnehmen, ein Gelöbnis, zumal ein eidliches Gelöbnis, was er tun und was er lassen sollte. Ein kurzes Gelöbnis dieser Art normierte die Eßlinger Kapellenordnung von 1321, von der wir oben[4] sprachen. In sieben ausführliche Artikel zerfiel der Schwur, den Bürgermeister und Rat von Biberach (Württemberg) nach einer bischöflich genehmigten Verordnung von 1472[5] von jedem Be-

[1] Ich weise etwa auf G. von Below in der Historischen Zeitschrift 75, S. 457 ff. und die dort Zitierten, auch auf Hauck, Kirchengeschichte IV, S. 63 ff., 66 f., Werminghoff a. a. O. S. 106.

[2] Es sei auf Werminghoff, S. 107 N. 2—5 verwiesen, dazu beispielsweise auf den Vergleich der Stadt Frankfurt a. M. mit dem Stadtpfarrer von 1283, wo auch Send- und Rügeverfahren, besonders wegen Feiertagsentheiligung, dem Schöffengericht der Stadt überlassen wird (Keutgen, Urk. z. städt. Verf.-Gesch. S. 465 f.).

[3] S. 16 ff., 30 f., 31 f., 46 ff.

[4] S. 122 f. Karl Müller, Eßlinger Pfarrkirche a. a. O. S. 272.

[5] Abgedruckt von Victor Ernst in Württemb. Vierteljahrsheften, Neue Folge 7, S. 47 f. Sie sollte üblen Gepflogenheiten steuern, die vorher in Biberach sich bemerkbar gemacht und schon 1468 eine monitio des Konstanzer Generalvikars veranlaßt hatten (ebenda S. 40 f.).

werber um eine der dem Präsentationsrecht des Rates unterliegenden Stellen verlangten. Er mußte schwören, daß er ohne Konsens des Rates die Pfründe nicht aufgeben oder vertauschen[1], auch nicht länger als einen Monat sich von ihr entfernen, sondern die ihr aufliegenden Pflichten persönlich erfüllen, daß er die Messen in der stiftungsgemäßen Anzahl, wöchentlich mindestens vier, halten und dabei die Altaroblationen außer den ihm persönlich zugedachten nicht abheben[2], daß er für die Messen die vorgeschriebenen bzw. ihm von Bürgermeister und Rat angewiesenen Zeiten einhalten, daß er sich mit den Einkünften dieser seiner Pfründe begnügen und darüber hinaus die Pfleger nicht belästigen, daß er für die Wiederanlage der durch Ablösung von Wiederkaufsgülten eingegangenen Pfründkapitalien mit Konsens des Rates sorgen, daß er sich eines ehrbaren Lebens und Umgangs befleißigen werde. Endlich sollte er sich bewußt sein, daß ernsthafte Zuwiderhandlung in einem dieser Punkte ihn der privatio beneficii durch geistlichen Richterspruch aussetze und den Rat zu anderweitiger Präsentation für die Pfründe berechtige.

Durchgreifender noch, weil ohne jeden Zusammenhang mit einem Besetzungsrecht des Rates und ohne Abstellen auf ein Einschreiten der geistlichen Obrigkeit, ist eine Kirchenordnung, die uns jetzt das mehr erwähnte Stadtrecht von Neuenburg am Rhein[3] neu erschlossen hat[4]. Sie ist am 7. Februar 1403 erlassen, zu einer Zeit, als die Stadt unter österreichischer Landesherrlichkeit stand[5], und soll für die gesamte Geistlichkeit an der dortigen Pfarrkirche, den Kirchherrn selbst (den Pfarrer) ausgenommen, Geltung haben, gleichgültig, wer »die Leiher« der einzelnen Pfründen sind, ob der Rat oder andere Personen[6]. Sie soll von den Neuangestellten mit leiblichem Eide bekräftigt werden. Die Residenzpflicht, das Gebot für denjenigen, der die Priesterweihe

---

[1] Eidliche Übernahme der Verpflichtung, nicht zu »permutieren«, war auch bei den Braunschweiger Altarpfründen durch Ratsverordnung verlangt: Heepe, S. 14 und N. 1.

[2] Oben S. 127.

[3] Oberrheinische Stadtrechte II 3, Nr. 75 in lateinischer und deutscher Fassung.

[4] Ich habe auf dieses interessante Stück bereits in meinem Aufsatz in der Internationalen Monatsschrift, Jahrg. 8, Sp. 810 hingewiesen.

[5] Merk, Einleitung zur Edition, a. a. O. S. XIV.

[6] Ebenda Ziff. 2, 3, 4 S. 152 f.

noch nicht hat, sich binnen Jahresfrist weihen zu lassen[1], das Verbot der Ämter- und Pfründenkumulation und des auswärtigen Messelesens, die Sorge für alsbaldige Absolution oder Vertretung exkommunizierter, suspendierter oder interdizierter Benefiziaten, die Verteilung des Meßdienstes unter die Kapläne, Chor- und Feiertagsdienst, Abhaltung der Vigilien und Totenmessen werden unter die Kontrolle einer Dreierkommission gestellt. Von großem Interesse ist die Zusammensetzung dieser Kommission. Sie begreift zwar den Kirchherrn, den rector ecclesiae, oder in dessen Abwesenheit seinen Vikar, »seinen Leutpriester«, aber außer ihm als zweites und drittes Mitglied den Bürgermeister der Stadt und denjenigen magister fabricae oder Kirchenpfleger, welchen »der råt da selbes dar zů gebet und geordnet« (»per consules dicti opidi adhoc deputatum«). Was das wichtigste ist, sie entscheidet, wie es immer wieder heißt[2], durch Majoritätsbeschluß. Der Pfarrer kann also von den beiden Laien, den Vertretern der Stadtgemeinde, überstimmt werden. Die Kommission hat geradezu die Kompetenz eines Disziplinargerichts. Sie erkennt bei sechs Monate oder länger andauernder Abwesenheit über die Rationabilität des angeführten Entschuldigungsgrundes, und zwar im Falle ihrer Verneinung mit der Wirkung, daß damit von selbst, ohne weiteres Verfahren vor dem geistlichen Gericht, die privatio beneficii eintritt. Dasselbe gilt bei Übertretung des Kumulationsverbots. Vor der Kommission hat sich ferner der Pfründner wegen Nichteinhaltung der Meßordnung zu verantworten, in der Weise, daß er, wenn er sich nicht exkulpiert, Geldstrafe und Temporaliensperre zu gewärtigen hat. Sie bestimmt für Versäumung des Chordienstes die Höhe der zu zahlenden Geldstrafe und erhöht dem wegen unerlaubten auswärtigen Messelesens Bußfälligen, der sich nicht freiwillig meldet und zahlt, seine Buße auf das Fünffache. Sie verwahrt mit drei Schlüsseln, je einem für jedes Mitglied, die »gemeine Büchse« (»pixis communis«), in welche die primi fructus der Neupfründner und die Strafgelder fließen. Sie hat nicht bloß

---

[1] Von einer Einmischung des Rates in die bischöfliche Disziplinargewalt bei Durchführung dieser kirchlichen Rechtsnorm weiß auch Kothe, S. 57 aus Straßburg zu berichten. Auch viele Braunschweiger Altarpfründstiftungen nahmen dieses Gebot auf (Heepe, S. 17) und legten dadurch dem Rate die Pflicht auf, seine Befolgung zu überwachen.

[2] Ziff. 4, 6, 7 (deutscher Text), 8, 15.

die Macht, die aufgestellten Artikel zur Durchführung zu bringen, sondern auch die Befugnis, sie

»cum et quando ipsis aut maiori parti ipsorum pro salute animarum, commodo populi et utilitate publica videbitur expedire«,

unbeschadet der Hauptstücke (»servatis substancialibus») zu ändern. Zu ihrer Unterstützung in dem Vollzug dieser »Ordnung« wird am Schluß der ganze Rat der Stadt ausdrücklich aufgerufen. So hat in allen diesen Fragen der Disziplin über den Klerus die Stadtgemeinde durch ihre Organe die ausschlaggebende Stimme. Freilich ist die Kirchenordnung vom Generalvikar des Bischofs zu Konstanz erlassen, aber, wie es im Eingang heißt, auf Anrufen, »fůrderung« (»promocio«) und Bitte »der fürsichtigen bescheiden burgermeisters, råtes und gemeinde (universitatis) der statt ze Nůwenburg«. Die Stadtgemeinde war mithin der betreibende Teil, und der bürgerliche Geist der Zeit erheischte von dem kirchlichen Oberen, ihr nachzugeben.

Es wäre von Wert, nach ähnlichen, in der Verbürgerlichung gleich oder annähernd fortgeschrittenen Kirchenordnungen anderwärts Nachforschung zu halten. Auch die Einbeziehung des Pfarrers in diese Laienkommission, in diesen »Kirchenvorstand« ist für die Geschichte des gemeindlichen Elements im Kirchenrecht von großem Interesse. Wir werden in jenen Kirchenordnungen eine Art Vorläufer der städtischen Kirchenordnungen des Reformationszeitalters erblicken dürfen. Es wird uns auch von hier aus noch begreiflicher, wie der zur neuen Lehre übergetretene Rat sich von Rechtswegen legitimiert fühlen konnte [1], die nicht gleichgesinnten Geistlichen der Stadt seinerseits ohne Prozeß auf disziplinärem Wege zu entfernen. Die Furcht davor tritt uns in demselben Neuenburg in einer anderen Kirchenordnung entgegen, die am 13. September 1527 der österreichische Landvogt im Oberelsaß, Wilhelm Herr zu Rappoltstein, mit Konsens des Bischofs von Konstanz erlassen hat [2]. Sie erzählt im Eingang von Unordnungen, die sich im dortigen Franziskanerkloster »der verfurischen luterischen sekt und anders halben« zugetragen und zur Ausweisung der Mönche durch den Ordensprovinzial geführt haben, und benutzt die Gelegenheit der Verlegung der Pfarre aus der durch den Rhein zerstörten alten

---

[1] Siehe auch Werminghoff a. a. O. S. 110[5].
[2] Oberrh. Stadtr. II 3 Nr. 84.

Pfarrkirche in die freigewordene Franziskanerkirche zum Erlaß neuer Vorschriften, die allerdings ganz anders lauten als ehedem. Sie wissen nichts von jenen disziplinären Befugnissen des Stadtrats und der Dreimännerkommission, regeln vielmehr die Pflichten von Pfarrer, Vikar und Kaplänen rein innerkirchlich und verweisen diese nächstdem lediglich auf die »statuta sinodalia« (Diözesansynodalstatuten), »denen gelept und nachkomen werden solle«[1]. Nur bei der Verwahrung der Gelder im »Stock« (»truncus«) in der Sakristei ist der Rat noch beteiligt, aber bezeichnenderweise bloß mit einem der drei Schlüssel, während die beiden anderen der Pfarrer und der älteste Kaplan im Besitz haben sollen[2]. Schließlich wird dem Bürgermeister und Rat »ernstlichen empfohlen und geboten«, daß sie Pfarrer und Kapläne bei Einhaltung der Kirchenordnung »hanthaben und hierwider nicht tun noch anderen zu tun gestatten in keiner Weise noch Wege bei Vermeidung der hochgemelten königlichen Majestät schweren Ungnad und Straf«. —

Überschauen wir rückwärts die obige Darstellung, so müssen wir uns zunächst, um nicht fehlzugehen, natürlich gegenwärtig halten, daß sie nicht für alle Städte gleichermaßen zutrifft. Es herrscht auch hier, wie sonst im mittelalterlichen deutschen Recht, die größte Mannigfaltigkeit[3]. Sicher hat in einer größeren Zahl von Städten die hierarchische Kirchenverfassung sich besser behauptet. So hat in mancher Bischofsstadt die Nähe der bischöflichen, zugleich landesfürstlichen Autorität der Kommunalisierung entgegengewirkt. Und es sind auch die alte Verfassung und das neue, städtisch-gemeindliche Element Verbindungen aller Art eingegangen — mit recht ungleicher Quotenverteilung. Das ist oben öfters zu erkennen gegeben und muß, wo es nicht geschehen, hier noch ausdrücklich vorbehalten werden. Zum Teil war dafür die Verschiedenartigkeit der jeweiligen Stadtverfassung, das Vorherrschen einer patrizischen oder einer demokratischen Strömung, mitbestimmend. Aber was oben zusammengetragen ist, spiegelt doch den Typus der bis zur Reformation immer im Fluß gebliebenen Ent-

---

[1] Ziff. 17, S. 179.

[2] Ziff. 5, S. 177.

[3] Die zum Teil partikuläre Geltung dieser Rechtseinrichtungen hebt auch Stutz, Art. »Pfarre« a. a. O. S. 247 mit Recht hervor.

wicklung deutlich wieder und zeigt die Wege des Rechts, auf denen sie vorwärts gedrungen ist. Neben dem alten, kirchenrechtlichen Patronat waren die privatrechtlich-individualistisch fundierte Treuhänderschaft und die öffentlichrechtliche genossenschaftliche Selbstbestimmung die Wegbereiter für den Eroberungszug der Stadtgemeinden in das kirchliche Verfassungsgebiet. Hier liegen die Errungenschaften, aus denen auch die Reformation für ihre Ausbreitung Nutzen gezogen und von denen aus sich das gemeindlich-körperschaftliche Element, mit wechselnden Schicksalen und mit sehr verschiedenem Enderfolge in der evangelischen und der katholischen Kirche, fortgebildet hat.

Rechtsfragen des deutschen Denkmalschutzes.

Von

Arthur B. Schmidt.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 145
I. Bezeichnung 146
II. Rechtsquellen 148
III. Gegenstand des Schutzes 158
IV. Rechtliche Natur des Schutzes 170
V. Beschränkung des Eigentums:
1. Im allgemeinen 176
2. Die Beschränkungen im einzelnen 179
3. Die Klassierung 187
VI. Interessenabwägung und Entschädigung:
1. Interessenabwägung 191
2. Entschädigung 194

Der Erwerb von Neuland bedeutet für jedes Gebiet — geistiges wie wirtschaftliches — stets ein Zeichen siegesfrohen Fortschritts. Auch der Jurist der Gegenwart hat an Neuland seinen reichen Teil erhalten. Seine Neuerwerbungen sind um so fesselnder, als sie nicht nur dem vorwärts drängenden Zuge unserer Zeit folgen, sondern rückwärts blickend Güter zu erhalten suchen, die durch die übermächtigen Bildungen der Gegenwart bedroht erscheinen. Soll ich es konkreter ausdrücken, so stellt uns auf der einen Seite die rastlose technische Entwicklung unserer Zeit vor immer neue juristische Aufgaben. Es braucht als Beispiel nur an die Verwertung der elektrischen Kraft und an den Ausbau neuer Verkehrsmittel erinnert zu werden. Auf der anderen Seite — und diesem Gebiete gilt unsere Untersuchung — steht das Gegenspiel dieses Fortschritts, das Ergebnis eines konservativen Gegengewichtes gegen das Hasten der Gegenwart. Wir fühlen, daß wir den geschichtlich gewachsenen Boden und damit einen guten Teil unserer Eigenart verlieren würden, wenn wir den Interessen des Tages rückhaltlos das Feld räumen, nur ihnen den mächtigen Schutz des Rechts verleihen wollten. So treten neben die neuen Rechtsaufgaben, die die vorwärts strebende Entwicklung der Gegenwart stellt, die mehr retardierenden Rechtsaufgaben, die in den Worten »Denkmalpflege« und »Heimatschutz« ihren Ausdruck finden.

Für den Vertreter des deutschen Rechts besitzen beide Worte einen besonderen Klang. Gilt der Schutz doch den Zeugen unserer nationalen Vergangenheit, die der Germanist als Rechtsquellen unserer deutschen Rechtsgeschichte, als »Rechtsquellen im weiteren Sinne« betrachtet[1], — neben ihnen dem heimatlichen Bilde unserer Landschaft und der Eigenart unseres deutschen Volkslebens. Außer diesem allgemeinen fachwissenschaftlichen Interesse verbindet den Verfasser mit dem Rechte des Denkmalschutzes ein starkes persönliches Band, das Band der Mitarbeit an dem ersten größeren deutschen Gesetzeswerke auf dem Gebiete des Denkmalschutzes: dem hessischen Gesetze vom 16. Juli 1902[2].

[1] H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte I² S. 11.

[2] Vgl. die Referate des Verfassers als Berichterstatters des 2. Ausschusses in den Verhandlungen der I. Kammer der hessischen Landstände, 31. Landtag 1900

Was die nachfolgenden Ausführungen bieten, sind Werkstücke aus einem größeren Studienkreise. Es soll an dieser Stelle nur eine Reihe juristischer Gedanken festgelegt werden, darunter vor allem derjenigen, die das bürgerliche Recht berühren. Gerade sie treten in der Literatur hinter den kunstwissenschaftlichen Fragen und hinter den verwaltungstechnischen Einzelheiten vielfach zurück[3]. Bei der Verwertung des Quellenmaterials zieht Verfasser auch die kleineren Gebiete eingehender heran. Nur so kann der gegenwärtige Stand der gesetzgeberischen Behandlung des Denkmalschutzes klar erkannt werden. Daß der Partikularismus in der deutschen Rechtsentwicklung auch gute Seiten haben kann, zeigt sich deutlich auf dem Gebiete der Denkmalpflege. Die führende Rolle ist hier bisher nicht ausschließlich der Gesetzgebung der großen Einzelstaaten zugefallen. Vielmehr sind es gerade kleinere Territorien, die sich der Lösung des Problems lebhafter zugewendet und in ihrem Denkmalrecht wertvolle Winke für eine gesetzgeberische Gestaltung geliefert haben.

I. Bezeichnung.

Bei dem Worte »Denkmalschutz«, »Denkmalpflege« denken wir heute kaum noch daran, daß wir es mit einer Neubildung zu tun haben, die wenig über drei Jahrzehnte zurückliegt. Mit dieser Bezeichnung faßte man alle diejenigen Bestrebungen zusammen, die sich auf »die Erhaltung der Zeugen unserer Vergangenheit« richteten. Es läßt sich darüber streiten, ob die Bezeichnung glücklich gewählt war. Jedenfalls deckte sie bereits bei ihrer Entstehung nicht vollständig das Gebiet, das sie umfassen wollte. Seitdem hat die Ausdehnung, die die Bewegung genommen hat, den Ausdruck »Denkmalschutz« mehr und mehr überholt. Es ist jedoch schwer, einen einheitlichen terminus technicus zu finden, der alle diese Bestrebungen in ihrem jetzigen Umfange deckt. Wohl

---

bis 1903, Beilage Nr. 202 und Nr. 213, sowie die Ausführungen im Plenum im Protokoll 18 der I. Kammer vom 29. April 1902 (S. 180 ff.).

[3] Die juristische Seite der Fragen betonen bisher zusammenfassend in stärkerem Maße nur Karl Heyer, Denkmalpflege und Heimatschutz im deutschen Recht (Berlin 1902), Heinr. Giesker (u. Anm. 4) und F. W. Bredt, Die Heimatschutzgesetzgebung der deutschen Bundesstaaten (Düsseldorf 1912). Vgl. hierfür ferner C. A. Wieland (u. Anm. 6), Jos. Kohler in DJZ. 1904, Sp. 771 ff. und H. Lezius (vgl. u. Anm. 7); auch Roderich Stintzing, Heimatschutz durch Eingriff in den Rechtskreis Privater (Jenaer Diss. 1910).

ist der Versuch unternommen worden, der Bezeichnung »Heimatschutz«[4] eine solche umfassendere Bedeutung zu geben und sie damit zum Gesamtausdruck zu machen. Bei der Bildung des Wortes »Heimatschutz« hatte man aber nicht den weiten Kreis im Auge, den man jetzt damit umfassen will. Vielmehr verstand man darunter stets nur ein Sonderziel: die Erhaltung des mit dem Heimatgefühl der Bewohner verwachsenen überlieferten Gepräges unserer Niederlassungen und Landschaft, verbunden mit den überkommenen Zügen des Lebens unseres Volkes und der heimischen Natur[5]. Besteht hierin nach eingelebtem Sprachgebrauch Wesen und Aufgabe des »Heimatschutzes«, so begegnen einem Wechsel in der Verwendung des Ausdrucks Schwierigkeiten, die größer sind als der mit der Änderung erzielte Gewinn. Wir sind deshalb vor die Wahl gestellt, die älteren Bezeichnungen »Denkmalpflege« und »Denkmalschutz« als diejenigen Ausdrücke, von denen die Bewegung ihren Anfang genommen hat, beizubehalten und ihnen im Einklang mit den inzwischen eingetretenen Fortschritten einen weiteren Inhalt zu geben, oder (wie dies Wieland, Weber, Heyer und C. Fuchs getan haben)[6] die Ausdrücke »Denkmalschutz« und »Heimatschutz« als technische Sonderausdrücke nebeneinander zu stellen. Eine solche Nebeneinanderstellung ist dann berechtigt, wenn man damit auf die Mannigfaltigkeit der Gestaltung hinweisen, zugleich beide Begriffe inhaltlich gegeneinander abgrenzen will. Ist dies nicht der Fall, so handeln wir nicht unrichtig, wenn wir in der juristischen Literatur die Ausdrücke »Denkmalpflege«, »Denkmalrecht«, »Denkmalschutz« als kürzere technische Gesamtausdrücke verwenden[7]. Wir müssen uns dabei nur

[4] Heinr. Giesker, Der rechtliche Heimatschutz in der Schweiz; Darstellung des Denkmalschutzes, Kunstschutzes im engeren Sinne unter Berücksichtigung der Geschichte und des Auslandes (Züricher Diss. 1910).

[5] Vgl. für die Wortbildung »Heimatschutz« den Aufsatz von Rudorff im Jahrg. 1897 des »Grenzboten«. — Unter den Begriff »Heimatschutz« werden außerdem diejenigen Bestrebungen gestellt, die dahin gehen, moderne Einrichtungen möglichst schonend den örtlichen Eigentümlichkeiten einzufügen.

[6] C. A. Wieland, Der Denkmal- und Heimatschutz in der Gesetzgebung der Gegenwart, Baseler Rektoratsprogramm 1905, Paul Weber, Denkmalpflege und Heimatschutz in der Gesetzgebung der Gegenwart (Jena 1908), Carl Joh. Fuchs im Handbuch der Politik [2] Bd. III S. 160 ff., K. Heyer a. a. O.

[7] Auch Lezius, Das Recht der Denkmalpflege in Preußen (Berlin 1908, s. auch WB. d. deutsch. St. u. VR. [2] Bd. I S. 554 ff.) und Martin Wolff (bei Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürg. R. II, I[6–8] § 52 Anm. 11) verwenden den Ausdruck »Denkmalpflege« in dieser allgemeinen Bedeutung.

bewußt bleiben, daß wir beide Bezeichnungen in einem engeren und in einem weiteren Sinne zu verstehen haben. Im engeren Sinne sind es lediglich Gegenstände mit geschichtlichem Interesse[8], die von dem Schutze ergriffen werden, somit Objekte, die als Repräsentanten der Vergangenheit für uns Bedeutung besitzen[9]. Im weiteren Sinne erstrebt die Denkmalpflege — unabhängig von dem Momente des geschichtlichen Interesses — die Erhaltung ästhetischer Werte und Gefühlswerte[10], die vor allem in den bereits erwähnten Orts- und Landschaftsbildern, sowie in der Tier- und Pflanzenwelt unserer Heimat liegen. Unvollkommen ist diese Kategorienbildung nur insofern, als geschichtliche und ästhetische Interessen nicht selten ineinander übergehen. Es darf deshalb der Gesetzestechnik der Gegenwart auch kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß sie für die Begriffe, die für unsere Frage in Betracht kommen, eine feste, unbedingt und allgemein brauchbare Formulierung bisher noch nicht gefunden hat. Schon die unter II folgende Zusammenstellung der deutschen Einzelgesetze wird den Beweis dafür erbringen, wie vielgestaltig in Form und Inhalt die Ansätze sind, die dem gleichen Ziele zustreben.

II. Rechtsquellen.

Unter den für das Denkmalrecht in Betracht kommenden Vorschriften überwiegt bei weitem das partikulare Recht. Von reichsrechtlichen Bestimmungen gehört hierher nur die Vorschrift des StGB. § 104, die eine Beschädigung oder Zerstörung von »öffentlichen Denkmälern, Gegenständen der Kunst, der Wissenschaft oder des Gewerbes, welche in öffentlichen Sammlungen aufbewahrt werden oder öffentlich ausgestellt sind, oder Gegenstände, welche zum öffentlichen Nutzen oder zur Verschönerung öffentlicher Wege, Plätze oder Anlagen dienen«, als qualifizierte Sachbeschädigung bestraft. Aus dem Reichszivilrecht kommen

---

[8] Gegenstände dieser Art werden überwiegend zugleich kunstgeschichtlichen Wert besitzen, es kann ihnen aber auch geschichtliches Interesse nur ihres Altertumswertes wegen zukommen.

[9] Vgl. u. III.

[10] Es ist m. E. richtig, beide Begriffe nebeneinander zu stellen. Mit der Betonung des ästhetischen Interesses allein würde man nicht ausreichen. Gerade bei denjenigen Objekten, die der moderne Heimatschutz zu erfassen sucht, spielen Gefühlswerte eine große Rolle.

BGB. § 134, sowie EG. z. BGB. Art. 109, 111, 119 Ziff. 1 und GBO. § 83 in Betracht.

Bei einem Überblick über die Vorschriften der Einzelstaaten müssen wir uns beschränken. Eine Einzelaufführung der großen Zahl der einschlagenden Vorschriften würde dem Zwecke dieser Skizze nicht entsprechen und weitaus mehr Raum beanspruchen, als dem Einzelbeitrage dieser Festschrift zur Verfügung steht. Wir erreichen trotzdem eine gewisse Vollständigkeit dadurch, daß wir dort, wo bereits Materialsammlungen zur Verfügung stehen, auf diese verweisen und nur das Fehlende ergänzen [1]. Unvollständig sind in der bisherigen Literatur durchgängig die Nachweise für die kleineren deutschen Einzelterritorien.

Ordnen wir die deutschen Einzelstaaten nach der Stärke der gesetzgeberischen Betätigung, die sie auf dem Gebiete der Denkmalpflege entfaltet haben, so gebührt den Großherzogtümern Hessen [2] und

---

[1] Erleichtert wird uns dieses Vorgehen besonders durch die Arbeit Heyers (s. o. Anm. 3 S. 146).

[2] Ges. d. Denkmalschutz betr. v. 16. Juli 1902 (RBl. S. 275). Zitiert: Hess. DG. Den Entwurf mit Begründung (Redaktor Ministerialrat Freiherr v. Biegeleben; s. auch Oechelhäuser, Denkmalpflege, Bd. I, 1910, S. 138 ff., 180 ff.) vgl. in den Verh. d. XXXI. Landt. 2. K. Drucks. Bd. III Nr. 524, den Bericht des Ausschusses a. a. O. Drucks. Bd. IV Nr. 639. VI Nr. 901, Beratung und Abstimmung a. a. O. Prot. Bd. III S. 1806 ff., IV S. 3280 ff.; für die 1. Kammer s. o. S. 145 Anm. 2. Vgl. dazu Wagner. Die Denkmalpflege in Hessen (Amtl. Handausg., Darmstadt 1905), auch W. van Calker, Das Staatsrecht des Großherzogtums Hessen (Das öffentl. Recht der Gegenwart, Bd. XIX) 1913 S. 290. Fürsorgemaßregeln finden sich in Hessen früh. Schon die Landesh. Verordn. v. 22. Januar 1818 betr. die Erhaltung der vorhandenen Denkmäler der Baukunst griff hier ein, und bereits in den dreißiger Jahren des 19. Jahrhunderts wurde in Hessen auf Grund offizieller Erhebungen ein Gesamtverzeichnis »der Werke des Mittelalters im Großherzogthum Hessen, welche erhalten zu werden verdienen«, aufgestellt. Weitere Einzelheiten über die Maßnahmen, die mit dem Gesetz v. 16. Juli 1902 ihren Abschluß fanden, s. in der Begründung zum Entwurf S. 14 ff., Wagner a. a. O. S. 5 ff., Heyer S. 86 ff. — Das Hess. DG. v. 16. Juli 1902 hat nicht mit einem Schlage das letzte Ideal eines Denkmalschutzgesetzes zu verwirklichen vermocht. Es besitzt vor allem formelle Mängel. Für die Anerkennung, die ihm in materieller Beziehung zuteil geworden ist, vgl. unter vielen nur Heyer S. 59, Giesker S. 152, 161 (Die Aufgabe der »Belehrungen« in der Handausgabe verkennt Giesker S. 152). Bei einer kritischen Beurteilung müssen die erheblichen Schwierigkeiten in Ansatz gebracht werden, die bei der spröden, bisher gesetzlich nicht geklärten Materie zu überwinden waren. — Für Lücken im hess. R. vgl. u. a. III [33].

Oldenburg[3] die erste Stelle. Beide besitzen eingehende Denkmalschutzgesetze, beide auch Vorschriften, die sich gegen die Verunstaltung von Stadt und Land richten[4]. Nahegerückt ist den beiden Großherzogtümern seit dem Erlaß des Ausgrabungsgesetzes vom 26. März 1914, das »dem Schutze des vaterländischen Erbes an Bodenaltertümern« gilt, Preußen[5]. Allerdings fehlt für Preußen noch der erwünschte Abschluß in einem Denkmalschutzgesetz. Daß er kommen wird, ist nach den Erklärungen des Ministers der geistlichen und Unterrichtsangelegenheiten im Herrenhause vom 2. Mai 1913 zu hoffen[6]. Aber schon das, was Preußen unter schwierigeren Verhältnissen als die kleineren Staaten

---

[3] Denkmalschutzgesetz v. 18. Mai 1911 (GBl. S. 959); es ruht wesentlich auf der Grundlage des Hess. DG., bedeutet aber in mannigfacher Beziehung seinem Vorbilde gegenüber einen Fortschritt (vgl. u. S. 162). Zitiert: Oldenb. DG. Entwurf mit Begründung s. 31. Landt. 1910 Anl. 72, Bericht des Verwaltungsausschusses über den Gesetzentwurf a. a. O. Anl. 179, Plenarverhandlung in den Stenogr. Ber. des 31. Landtags, S. 241 ff., 278. Vgl. W. Schücking, Das Staatsr. d. Großherzogtums Oldenburg (Das öffentl. Recht der Gegenwart, Bd. XIV), S. 381, Heyer S. 118 ff.

[4] Hess. DG. Art. 33, 35. Oldenburg besitzt ein dem preuß. Ges. v. 15. Juli 1907 nachgebildetes Sondergesetz (Ges. v. 11. Januar 1910 gegen Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden, GBl. S. 402).

[5] Für Preußen ist das Material über Denkmalschutz im engeren wie im weiteren Sinne in der bis zum Jahre 1908 reichenden Monographie von H. Lezius (s. o. S. 147 Anm. 7) erschöpfend gesammelt. Die Entwicklung beginnt hier mit den vom PrALR. I, 8 §§ 33 ff., 65 ff. getroffenen gesetzlichen Einschränkungen »zum Besten des gemeinen Wohls«. Sie bilden die Unterlage der Allerh. KabO. v. 4. Okt. 1815, 20. Juni 1830 und 1. Juli 1843, auf denen wiederum eine größere Zahl ministerieller Erlasse fußt. Ergänzend für die einzelnen Provinzen tritt hierzu das Material der Kommunalgesetzgebung und der für die Kirchenkörper erlassenen Anordnungen der Aufsichtsgesetzgebung. Näheres s. Lezius S. 48 ff., Heyer S. 103 ff., Bredt, Die Denkmalpflege und ihre Gestaltung in Preußen, 1904, auch P. Clemen, Die Denkmalpflege in der Rheinprovinz, Düsseldorf 1896, Loening im HWB. d. preuß. Verw., Bd. I, S. 336 ff., sowie HWB. d. StW., Bd. II³ S. 721 ff., Polenz in der Zeitschrift »Die Denkmalpflege«, 4. Jahrg. 1902 S. 33 ff., 66 ff., 6. Jahrg. 1903 S. 17 ff.

[6] Stenogr. Ber. des Herrenhauses 1912/1913 Sp. 1572: »In der Tat werden im Schoße der Regierung schon seit längerer Zeit eingehende Erörterungen darüber gepflogen, wie das ganze große Gebiet der Denkmalpflege gesetzlich zu regeln und zu schützen sein möchte . . . Eine Einigung über alle die wichtigen Fragen, die mit der allgemeinen Denkmalspflege zusammenhängen, hat bisher noch nicht erzielt werden können, und da hat sich die Regierung entschlossen, einen Abschnitt, einen Teil der Materie herauszugreifen und diesen zunächst der gesetzlichen Regelung entgegenzuführen.«

in seinem Ausgrabungsgesetz[7] und in den beiden Gesetzen vom 2. Juni 1902 und 15. Juli 1907[8] geschaffen hat, übertrifft wesentlich die gesetzgeberischen Leistungen anderer Staaten auf unserem Gebiete. In Hinblick auf den Umfang der vorgesehenen Schutzmaßregeln ist nach Preußen das Königreich Bayern zu nennen. Auch dieses ist noch ohne Denkmalschutzgesetz, besitzt aber in seinen zahlreichen Einzelerlassen für viele der auftauchenden Fragen eine Hilfe. Gesichert sind vor allem in Bayern wie in Preußen die im staatlichen Besitz befindlichen beweglichen Denkmäler, sowie Ausgrabungen und Funde[9].

---

[7] Ausgrabungsgesetz v. 26. März 1914 (GesS. S. 41). Zitiert als Preuß. AusgrabG. Den Entwurf s. in Drucks. d. Herrenh. 1914 Drucks. 9, die vom Herrenhaus getroffenen Abänderungen s. in Drucks. 174 des Abgeordnetenh., 2. Session 1904, Verh. d. Abgeordnetenh. s. Stenogr. Ber. 1904 Sp. 3126 ff., 3276 ff., 3339 ff. Dem gegenwärtig zur Annahme gelangten Entwurf ging ein Entwurf v. 17. Febr. 1913 voraus, der in beiden Häusern beraten wurde, aber nicht zur Verabschiedung gelangte (vgl. Entwurf Abgeordnetenh. 1912/1913 Drucks. Bd. 12 Nr. 1196, Bericht a. a. O. Bd. 14 Nr. 1484, Beratungen Stenogr. Ber. Bd. 9 Sp. 12 778 ff., 15 042 ff., Herrenhaus 1912/1913 34. Sitzung Sp. 1563 ff.).

[8] Ges. v. 2. Juni 1902 gegen die Verunstaltung landschaftlich hervorragender Gegenden (GesS. S. 159), Ges. v. 15. Juli 1907 gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden (GesS. S. 260). Eine Ausführungsanweisung zu dem letztgedachten Gesetz ist unter dem 4. Aug. 1907 erlassen (s. Lezius S. 163 ff.). Vgl. F. W. Bredt, Heimatschutzgesetzgebung S. 13 ff. und u. III[34].

[9] In Bayern setzt mit dem Allerh. Erl. v. 29. Mai 1827 ein nachhaltiger Schutz unbeweglicher und beweglicher Denkmäler, soweit sie im Eigentum von kirchlichen Gemeinden und Stiftungen stehen, ein (vgl. hierzu u. III[16]). Entsprechende Vorschriften trafen für die politischen Gemeinden Art. 159 der GemeindeO. f. d. Landesteile diesseits des Rheins v. 29. April 1869 (G.Bl. Sp. 865) und Art. 91 der GemeindeO. f. d. Pfalz v. 29. April 1869 (G.Bl. Sp. 1009), beide jetzt gültig in der Fassung des Ges. v. 6. Juli 1908 (GesVBl. S. 353). Zugleich wurde durch das gleiche Gesetz das PolStGB. in Hinblick auf Ausgrabungen und Funde von prähistorischen und historisch merkwürdigen Gegenständen abgeändert. Den zuletzt genannten Gegenständen gilt auch der Allerh. Erl. v. 6. Sept. 1908 (GesVBl S. 762). Außer diesen Grundbestimmungen besteht eine reiche Zahl von Min.-Erlassen, die den Denkmalschutz (einschl. des Schutzes der Naturdenkmäler, Naturpflege) und vor allem den in Bayern sorgfältig ausgebauten Heimatschutz betreffen. Über alle Einzelheiten geben W. M. Schmidt, Anleitung zur Denkmalpflege im Königreich Bayern (München 1897), Heyer S. 154 ff. und vor allem die übersichtliche Sammlung »Recht und Verwaltung des Heimatschutzes in Bayern« (München 1912) Auskunft. Als Ergänzung zu den Ausführungen der letztgedachten Sammlung S. 150 ff. sei auf die Bek. v. 18. Dez. 1912 (GesVBl. S. 1270) verwiesen. — Wolfg. Hartung, Die Denkmalpflege im juristischen Sinne mit spezieller Berücksichtigung Bayerns, Erlang. Diss. 1906.

Den fühlbaren Mangel von Denkmalschutzgesetzen hat bisher — außer Hessen und Oldenburg — nur Lübeck und Württemberg zu beseitigen gesucht. Die Vorlagen beider Staaten befinden sich jedoch noch im Stadium der parlamentarischen Verhandlung. Für den Lübecker Entwurf liegen bisher zwei an den Bürgerausschuß gerichtete Kommissionsberichte vor, die in wesentlichen Punkten einen von dem Entwurf abweichenden Standpunkt einnehmen[10]. Der jüngere Württemberger Entwurf vom 11. März 1914 ist zu der Zeit, in der diese Zeilen geschrieben werden, erst seit wenigen Tagen in den Händen der Landstände[11]. Er bezieht sich, wie noch näher auszuführen sein wird, lediglich auf die beweglichen Denkmale im Eigentum bürgerlicher oder kirchlicher Gemeinden sowie öffentlicher Stiftungen und auf Bodenaltertümer. Gleichzeitig mit diesem Entwurf wurde der Entwurf eines Interimsgesetzes den beiden Kammern vorgelegt und unter dem 14. März 1914 beschlossen und verkündet[12]. Es bezieht sich auf »den vorläufigen

[10] Vgl. den Antrag des Senats mit Begründung in Drucks. 1911 Nr. 5, sowie die Kommissionsberichte v. 7. Sept. 1912 (Drucks. 1912 Nr. XXXIII) und v. 18. Nov. 1913 (Drucks. 1913 Nr. XXIX). — Zitiert als Lüb. DG.E. 1911. — Das geltende Recht Lübecks besitzt vom Standpunkte der Bauaufsicht (Bauordnung v. 25. Mai 1903, G. u. V. Nr. 72, §§ 64 u. 70) Vorschriften, die eine Verunstaltung des Straßenbildes oder der landschaftlichen Umgebung verhindern. Vgl. Heyer S. 125, auch u. III[37]. Einzelheiten s. u. V[6] und V[10].

[11] Württ. 2. Kammer, 39. Landt., Beilage Nr. 233. Der Entwurf wird im folgenden zitiert: Württ. DG.E. 1914. In Württemberg beginnt die Staatsfürsorge für Denkmäler der Kunst und des Altertums mit der Bek. d. Min. d. Kirchen- u. Schulwesens v. 10. März 1858 (RegBl. S. 40). Von späteren Bestimmungen kommt Art. 117 der GemeindeO. v. 28. Juli 1906 (RegBl. S. 323) mit der Vollzugsverf. v. 6. Okt. 1907 §§ 151, 152 (RegBl. S. 503) in Betracht. Eine wirksame Hilfe hat erst die Bauordnung v. 28. Juli 1910 (RegBl. S. 336) Art. 11, 97, 98, 101 Abs. 2 (vgl. u. III[31] und III[37]) mit der Vollzugsverf. v. 10. Mai 1911 § 4 Abs. 3, § 11 Abs. 3, §§ 86, 87 98, 99 Abs. 4 (RegBl. S. 77) gebracht. Diese Hilfe versagte jedoch für bewegliche Gegenstände. Hier greift erst der Entwurf von 1914 ein. — Vgl. für das bisher geltende Recht auch die Verf. über Baudenkmale usw. v. 14. Jan. 1912 (RegBl. S. 10) und die Bek. v. 31. Mai 1913 betreff. die Geschäftsordn. f. d. Denkmalrat (Bl. d. Min. d. Innern S. 585). Unterstützend wirken ferner die Vorschriften des Bischöfl. Ordinariats über das kirchliche Bauwesen v. 15. Sept. 1909, §§ 28—33 (Kirchl. ABl. für die Diözese Rottenburg, S. 162), sowie für bewegliche kirchliche Altertümer die Erlasse des Evangel. Konsistoriums v. 21. Juli 1910 (Kons. ABl. XVI, S. 11) und des Bischöfl. Ordinariats v. 18. Aug. 1910 (Kirchl. ABl. S. 233). — Vgl. Heyer, S. 141 ff., Bredt, Heimatschutzgesetzgebung S. 93 ff.

[12] RegBl. S. 45. Seine Wirksamkeit erlischt mit dem 1. Juli 1915 (Art. 3).

Schutz von Denkmalen im Eigentum bürgerlicher oder kirchlicher Gemeinden sowie öffentlicher Stiftungen« und will verhindern, daß die Zeit bis zur Verabschiedung des Hauptgesetzes »benützt wird, um dem Lande noch möglichst viele Altertümer zu entziehen« [13].

Als bemerkenswerte Ansätze zu einer Denkmalschutzgesetzgebung im Sinne der bisher besprochenen Gesetze und Entwürfe dürfen wir auch die in den Herzogtümern Sachsen-Altenburg und Sachsen-Meiningen geltenden Bestimmungen bezeichnen. Sachsen-Altenburg hat unter dem 20. Mäz 1909 ein Gesetz, »den Schutz von Kunstwerten betreffend« [14], erlassen, und Sachsen-Meiningen hat in seiner Kirchengemeinde- und Synodalordnung, sowie in seiner Gemeindeordnung Vorkehrungen getroffen, »daß Gegenstände von geschichtlichem, wissenschaftlichem oder Kunstwert nicht ohne Genehmigung der obersten Aufsichtsbehörde veräußert, beseitigt oder wesentlich verändert werden dürfen« [15].

Von den übrigen Einzelstaaten begnügt sich der größere Teil bisher mit Einzelgesetzen im Sinne der preußischen Gesetze vom 2. Juni 1902 und 15. Juli 1907. Ein anderer Teil vermeidet jede Form eines Sondergesetzes und fügt diejenigen Bestimmungen, die der Erhaltung von Baudenkmälern gelten oder gegen eine Verunstaltung des Ortsbildes gerichtet sind, in die allgemeinen Bauordnungen ein. Innerhalb der ersten Gruppe muß an vorderster Stelle Braunschweig genannt werden, weil sein Gesetz vom 1. Februar 1911 »gegen die Verunstaltung von Stadt und Land« nicht nur die Bestimmungen der beiden provisorischen Gesetze von 1902 und 1907, sondern darüber hinausgehend einige Vorschriften des Hess. D.G. aufgenommen hat [16]. Nahe stehen diesem Vorgehen Braunschweigs Bremen und Hamburg, — Bremen in seinem

---

[13] Begründ. z. Entwurf (Württ. 2. Kammer, 39. Landt., Beil. 234).

[14] Ges. 1909, S. 8. Den Entwurf mit Begründung s. in den Landtagsverhandlungen 1909, S. 268. Vgl. dazu u. III [13]. Für Veränderung von kirchlichen Gebäuden gilt § 27 der KirchengemO., der die Genehmigung der Aufsichtsbehörde fordert. Es stehen nach einer Mitteilung des Ministeriums gesetzgeberische Maßregeln in Aussicht, die den Bestrebungen des Heimatschutzes im weiteren Umfange Rechnung tragen sollen.

[15] Kirchengem- u. SynodO. v. 4. Januar 1876 § 36 Ziff. 4 und GemO. v. 16. März 1897 § 63.

[16] G. u. VS. 1911 S. 27 ff. Den Entwurf s. in den Verhandlungen des 30. Landt., Art. 153, den Kommissionsbericht a. a. O. Art. 205, die Verhandlungen im 44. Sitzungsbericht v. 19. Januar 1911.

Gesetz vom 4. März 1909, »betreffend den Schutz von Baudenkmalen und Straßen- und Landschaftsbildern«[17], Hamburg in seinem »Baupflegegesetz« vom 3. April 1912[18]. Unter den sonst zur ersten Gruppe gehörenden Landesgesetzen hat Sachsen das preußische Vorbild in einer Reihe von Punkten nicht unerheblich abgeändert; an das Gesetz gegen die Verunstaltung von Stadt und Land vom 10. März 1909 (GesVBl. S. 219; Ausf. Anw. vom 15. August 1909, a. a. O. S. 221)[19] hat sich eine lebhafte Bewegung angeschlossen, die die Schutzbestrebungen des Königreichs — trotz Mangels eines Denkmalschutzgesetzes — als günstig erscheinen lassen[20]. Enger ist der Anschluß an das preußische Vorbild

---

[17] GBl. 1909, S. 69. Vgl. Verhandl. der Bürgerschaft 1908, S. 1338 ff. Unmittelbar nach dem Erlaß des Gesetzes ist eine aus 9 Mitgliedern bestehende Sachverständigenkommission eingesetzt worden, die sich gutachtlich über die Frage äußern sollte, welche Straßen, Plätze und Häuser den Anordnungen des § 3 zu unterwerfen seien. Diese gutachtliche Äußerung ist bisher nicht abgeschlossen. Durch einen (vorläufigen) Bericht vom 28. Oktober 1912 ist nur der besondere Schutz des Marktplatzes empfohlen und durch Bek. d. Senats vom 13. Nov. 1912 angeordnet worden. — Vgl. Bredt, Heimatschutzgesetzgebung, S. 28 ff., Heyer, S. 116.

[18] Amtsbl. 1912, S. 195 ff. Den Entwurf s. in der Mitteilung des Senats an die Bürgerschaft v. 4. Juli 1910 (Nr. 169 v. 1910), den Bericht des von der Bürgerschaft eingesetzten Ausschusses in Nr. 27 (Mai 1911), die Verhandlungen in den Stenogr. Berichten der 31. und 33. Sitzung der Bürgerschaft v. 1911, den 2. Bericht des Ausschusses in Nr. 5 v. Januar 1912, die Verhandlungen in den Stenogr. Berichten der 12. Sitzung v. 1912. Das Baupflegegesetz greift insofern über das Bremer Ges. v. 4. März 1909 hinaus, als es neben dem Schutz der Straßen-, Orts- und Landschaftsbilder gegen Verunstaltung den »Schutz der Bau- und Naturdenkmale, sowie die Wahrung der künstlerischen Interessen bei Ausgestaltung der Stand- und Landschaftsbilder« ausdrücklich als programmatischen Punkt bezeichnet. — Vgl. Bredt, Heimatschutzgesetzgebung, S. 60 ff.

[19] Vgl. P. Adolph, Das Kgl. Sächs. Gesetz gegen die Verunstaltung von Stadt und Land v. 10. März 1909 (Leipzig 1909, Juristische Handbiblioth., Bd. 288), Heyer, S. 88 ff., Bredt, Heimatschutzgebung, S. 33 ff., auch u. III[36]. Der Schwerpunkt für den Denkmalschutz im engeren Sinne liegt in den auf Grund des § 3 zu erlassenden Ortsgesetzen. — Fertiggestellt sind solche u. a. zum Schutze der Albrechtsschlösser in Loschwitz, der Schloßruine in Elsterberg, des Rathauses in Potschappel; eine größere Reihe von Ortsgesetzen liegt — wie mir mitgeteilt wird — gegenwärtig zur Genehmigung bei den Aufsichtsbehörden.

[20] Vgl. P. Clemen in Zeitschrift »Denkmalpflege«, XIII. Jahrg. 1911, S. 108, Heyer, S. 100, Bredt, Die neue Gesetzgebung auf dem Gebiete der Denkmalpflege und des Heimatschutzes (53. Dürerbund-Flugschrift, München 1909), S. 13. Allerdings kann der Abbruch von geschichtlich wichtigen Gebäuden mit Bestimmungen des Gesetzes nicht verhindert werden. — Über die lebhafte Tätigkeit des Landesvereins Sächs. Heimatschutz s. Adolph a. a. O. S. 111 ff.

in Sachsen-Koburg-Gotha[21], Schwarzburg-Rudolstadt[22] und (mit Anlehnung an den Wortlaut des § 1 des SächsG. vom 10. März 1909) Schaumburg-Lippe[23].

Die zweite der von uns unterschiedenen Gruppen (Einfügung in Bauordnungen) setzt sich aus Baden, Mecklenburg-Schwerin, Sachsen-Weimar, Anhalt, Waldeck und Reuß j. L.[24] zusammen. Von ihnen legen Baden[25], Mecklenburg-Schwerin[26] und

---

[21] Für Sachsen-Gotha Ges. v. 10. April 1909 gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden (GS. 1909, S. 85); für Sachsen-Koburg im wesentlichen gleichlautend (der Unterschied besteht im § 5 des Koburger Gesetzes) das Ges. v. 20. April 1909 (GS. 1909, S. 91). Auch die an die Bezirksverwaltungsbehörden gerichteten Ausführungsanweisungen lehnen sich an die Preuß. AusfAnw. v. 4. Aug. 1907 an.

[22] Ges. v. 24. Dez. 1910 (GS. 1910, S. 50). Es enthält nur einen Paragraphen, dessen wesentlicher Teil dem Preuß. G. v. 2. Juni 1902 entspricht. Das gleiche Ziel, wie das Ges. v. 24. Dez. 1910, verfolgt § 50 der Bauordnung v. 4. März 1913 (GS. 1913, S. 81). Vgl. u. III[35].

[23] Ges. v. 21. März 1911 gegen die Verunstaltung von Stadt und Land (Landesverordn. 1911 Nr. 4 S. 23). S. u. III[35].

[24] Für das Fürstentum Reuß j. L. ist eine brauchbare Vorschrift gegen die Verunstaltung von Orts- und Landschaftsbildern durch die Baupolizeiordnung für den unterländischen Landbezirk vom 28. März 1911 getroffen.

[25] Die Landesbauordnung v. 1. September 1907 (GesVBl. S. 385) behält den örtlichen Bauordnungen die Vorsorge dafür vor, daß geschichtliche oder künstlerisch bedeutungsvolle Straßen- oder Ortsbilder vor Beeinträchtigung gewahrt, sowie wertvolle Bauten erhalten werden (§ 109 Abs. 3); vgl. ferner a. a. O. §§ 33, 34, 35, 110, 123 Abs. 3, 128, 131 Abs. 3. Eine Bestimmung im Sinne des § 109 ist z. B. in die Bauordnung der Stadt Heidelberg v. 8. Juni 1910 (§ 19 Abs. 6) aufgenommen. Örtliche Bauordnungen dürfen in Baden auch zum Schutz hervorragender Naturdenkmäler erlassen werden (MinErl. v. 15. März 1909 betreff. die Förderung künstlerischer Bauweise, Nr. 4). Gegen eine Verunstaltung landschaftlich hervorragender Gegenden (vgl. hierzu Erk. des Bad. VGH. v. 23. Januar 1903 in Sachen der Firma C. H. Knorr A.-G. in Heilbronn gegen Bezirksamt Heidelberg) oder künstlerisch bedeutungsvoller Baudenkmäler bietet § 12 des Ortsstraßengesetzes v. 15. Okt. 1908 (GesVBl. S. 605), sowie PolStGB. § 130 (Nov. v. 20. Aug. 1904, GesVBl. S. 397) eine rechtliche Hilfe. Vgl. Heyer, S. 132ff., vor allem auch S. 133 (Hinweis darauf, daß § 184 der GemO. und § 160 der StädteO. — Staatsgenehmigung bei Veräußerungen — für die Denkmalpflege nutzbar gemacht werden könne). — Für die Geschichte des Denkmalrechts ist es von Bedeutung, daß in Baden bereits im Jahre 1884 ein umfangreicher »Entwurf eines Gesetzes, die Fürsorge für die Denkmäler der Kunst und des Alterthums« (zitiert als Bad. DG.E. 1884) ausgearbeitet worden ist. Der Entwurf ist jedoch nicht zur Vorlage an die Stände gelangt; offenbar bildeten politische Bedenken hierfür den Grund (vgl. Heyer, S. 132, Giesker, S. 172, Zitate aus dem Entwurf bei Wieland). Es ist

Sachsen-Weimar[27] den Schwerpunkt in den Erlaß von Ortsgesetzen. Auch Anhalt[28] weist in seiner Bauordnung vom 19. Juni 1905 § 64 Abs. 5 darauf hin, daß nähere Vorschriften über das Äußere von Bauwerken durch Ortsvorschriften gegeben werden können. Für Waldeck aber ist die Sicherung gegen die Gefahr verunstaltender Bauten durch die dem

---

lebhaft zu bedauern, daß dieser erste umfassende Versuch einer deutschen Denkmalschutzgesetzgebung nicht zur Verhandlung und Ausführung gelangt ist. Jedenfalls würde das badische Vorgehen zu einer rascheren Entwicklung des Denkmalrechts in anderen Einzelstaaten beigetragen haben.

[26] Die staatlichen Maßnahmen beginnen im Großherzogtum Mecklenburg-Schwerin mit der Bek. v. 9. Dez. 1887 betreff. die Einsetzung einer Großh. Kommission zur Erhaltung der Denkmäler (RegBl. S. 375). Im Interesse der Erhaltung des Ortsbildes wirken die BaupolizeiO. für das Domanium im Großherzogtum v. 27. Dez. 1911 (RegBl. 1912 S. 25; vgl. besonders § 7 Z. 2, § 15 Z. 1, § 47) und Verordnungen gegen Verunstaltung der Stadt Wismar v. 1. Aug. 1912), sowie der Residenzstadt Schwerin v. 24. Jan. 1913. (Die Verordn. ist 1913 mit der landesherrlichen Bestätigung als Sonderdruck erschienen.) Auch die Stadt Rostock besitzt eine Reihe städtischer Verordnungen zur Erhaltung ihres Stadtbildes.

[27] Nach dem Baugesetz v. 11. Mai 1869 S. 2 kann die Bauerlaubnis verweigert werden, »wenn das Äußere der baulichen Anlage nach den örtlichen Rücksichten öffentlichen Anstoß erregen würde«. Nicht hierin liegt aber der entscheidende Punkt. Wichtig ist vielmehr, daß auf Grund allgemeiner Vorschriften der Gemeindeordnung die Gemeinden imstande sind, im Interesse des Heimatschutzes Ortsstatuten zu erlassen. Gegenwärtig besitzen 66 Gemeinden ein solches Ortsstatut. Die Statuten selbst zerfallen in vier Gruppen. Die der ersten Gruppe schließen sich im wesentlichen dem Ortsstatut der Stadt Weimar v. 14. Sept. 1906 über den Schutz gegen Verunstaltung des Stadtbildes an (insgesamt vier Gemeinden), die der zweiten Gruppe dem Löbstedter Ortsstatut v. 24. Febr. 1909 (22 Gemeinden), die der dritten Gruppe dem Hochstedter Ortsstatut v. 13. Jan. 1912 (34 Gemeinden) an. Die vierte Gruppe (6 Gemeinden, darunter Apolda, Bad Sulza, Ilmenau) wählt aus jeder Gruppe die wesentlichen Bestandteile aus. Nach einer Mitteilung des Ministeriums ist die Regierung mit einem Gesetzentwurf über Denkmal- und Heimatschutz beschäftigt.

[28] § 64 der Bauordnung für das Herzogtum Anhalt v. 19. Juni 1905 (GS. Nr. 1226) richtet sich gegen die Verunstaltung des Straßenbildes und der landschaftlichen Umgebung, gegen die Beeinträchtigung historischer Bauwerke, vor allem auch gegen die zur Verunstaltung führende aufdringliche Reklame. Daneben bestehen zahlreiche im Interesse der Denkmalpflege im engeren und weiteren Sinne von Seiten des Staatsministeriums und der Herzogl. Regierung, Abt. d. Innern, erlassene Verfügungen (z. B. Erl. d. Staatsmin. v. 9. Sept. 1908, 31. Okt. 1910, Erl. d. Reg. Abt. d. Inn. v. 18. April 1906, 17. April 1907, 4. Nov. 1907, 27. Mai 1908), auch ein Erl. d. Konsistoriums v. 4. Juni 1907. Sie bewegen sich zum Teil im Rahmen der Beschlüsse des Vereins f. Denkmalpflege; zum anderen Teil sollen sie die Mitwirkung des Herz. Konservators und Kunstwarts sichern. Vgl. Bredt, Heimatschutzgesetzgebung, S. 90 ff.

Landesdirektor von § 3 des Baugesetzes vom 13. Januar 1911 eingeräumte gesteigerte Kompetenz gewährleistet[29].

Eine Sonderstellung nimmt in Fragen des Denkmalschutzes Elsaß-Lothringen ein. Es gilt hier noch die französische Gesetzgebung aus der Zeit vor dem Jahre 1871, darunter vor allem das Enteignungsgesetz vom 3. Mai 1841[30]. Auch die Gültigkeit der mit diesem älteren französischen Denkmalrecht zusammenhängenden Verfügungen vor dem Erwerb der Reichslande ist ausdrücklich amtlich anerkannt worden[31]. Was unter deutscher Herrschaft dazu gekommen ist, ist vor allem das Gesetz vom 7. November 1910 betreffend die baupolizeilichen Vorschriften[32].

Damit ist der Kreis derjenigen deutschen Einzelterritorien, die im Bereiche der von uns behandelten Fragen Anordnungen getroffen haben, erschöpft. Es ergibt sich aus diesem Überblick, daß nur Mecklenburg-Strelitz, Schwarzburg-Sondershausen, Reuß ä. L. und Lippe(-Detmold) mit Vorschriften über Denkmalschutz im engeren,

[29] Das Baugesetz für die Fürstentümer Waldeck und Pyrmont trifft die Vorschrift, daß der Baudirektor bei Erteilung der Bauerlaubnis (§ 2) zur Verminderung einer Verunstaltung des Straßen- oder Landschaftsbildes weitergehende Anforderungen stellen kann, als sie in der Baupolizeiordnung (v. 7. März 1911) vorgesehen sind. Von Bedeutung ist außerdem für Waldeck und Pyrmont, daß ein Schutz der im Besitz der Kirchen befindlichen Denkmäler besteht. Die Verordn. vom 29. Januar 1902 sorgt für die Inventarisierung der kirchlichen Urkunden und Altertümer (Ges. u. Ver.Samml. f. d. evang. Kirche der Fürstentümer Waldeck und Pyrmont, 1902, Nr. 3) und die Verordn. v. 20. Okt. 1908 verbietet eigenmächtige Restaurierungen (a. a. O. 1908 Nr. 11).

[30] Vgl. F. W. Bredt, Denkmalschutz im Wege der Enteignung. Ein Beitrag zur Denkmalpflege unter besonderer Berücksichtigung des Reichslandes (Straßburg 1905), S. 1, auch Heyer, S. 127 ff. Daß nur das ältere (vor 1871 liegende) französische Denkmalrecht in Frage kommt, bedarf keines Beweises.

[31] Verfügung des Oberpräsidenten v. 7. Jan. 1874. Für die auf Grund dieser Verfügung aufrecht erhaltenen Zirkulare u. a. aus französischer Zeit s. Heyer, S. 128. Es besteht gegenwärtig die Absicht, im Interesse historischer Denkmäler einen über das geltende Recht hinausreichenden Schutz zu schaffen.

[32] GesVBl. 1910, S. 133. Es ermächtigt die Ortspolizeibehörden, neben den im Interesse der Sicherheit und Gesundheit erforderlichen baupolizeilichen Vorschriften auch solche zum Schutze des Ortsbildes über die Lage und die äußere Ausgestaltung baulicher Anlagen zu erlassen. Vgl. Emerich, Der Schutz des Ortsbildes; das Elsaß-Lothringische Landesgesetz betreff. baupolizeiliche Vorschriften vom 7. Nov. 1910 (Straßburg 1911), F. Wolff, Handbuch der staatl. Denkmalpflege in Elsaß-Lothringen (Straßburg 1903), F. Wolff, Einrichtungen und Tätigkeit der staatl. Denkmalpflege im Elsaß (Straßburg 1909).

wie im weiteren Sinne fehlen. Auch diese Zahl wird aber in absehbarer Zeit sich verringern, denn im Fürstentum Lippe liegt zurzeit ein Gesetzentwurf betreffend die Verunstaltung von Ortschaften dem Landtage vor, und auch Schwarzburg-Sondershausen plant ein gesetzgeberisches Vorgehen in Anlehnung an das PreußGes. vom 15. Juli 1907.

III. Gegenstand des Schutzes.

Schon die Titel der unter II. aufgeführten Rechtsquellen lassen erkennen, wie verschieden der in den deutschen Einzelstaaten gezogene Schutzkreis ist. Eine Ordnung läßt sich unter folgender Gruppierung erreichen:

Erste Gruppe: Der Schutz gilt lediglich den durch Menschenhand geschaffenen Werken von geschichtlichem oder ästhetischem Werte (Kunstdenkmäler).

Zweite Gruppe: In den Schutz werden auch Gebilde der Natur einbezogen, seien diese naturgeschichtlich wichtige Überreste der früheren Perioden unserer Erdentwicklung und ihrer Fauna und Flora, oder seien sie besonders charakteristische Bildungen, wie Wasserläufe, Felsen, Bäume (Naturdenkmäler).

Dritte Gruppe: Der Schutz richtet sich (wenn wir es kurz ausdrücken wollen) gegen die Verunstaltung von Stadt und Land (Heimatschutz).

Innerhalb der beiden ersten Gruppen bedarf es der Scheidung von unbeweglichen und beweglichen Sachen. Bei allen drei Gruppen spielt ferner die Frage eine wichtige Rolle, ob Eigentum des Staates, der Kirchen, der politischen Gemeinden oder einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts, oder ob Eigentum einer natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts vorliegt.

1. Überblicken wir den Entwicklungsgang der drei obengenannten Gruppen, so steht — darauf deutete bereits der Beginn unseres Aufsatzes hin — der Schutz der Kunstdenkmäler zeitlich an erster Stelle. Er setzt in Italien, der Wiege des Denkmalschutzes ein und ergreift zunächst nur unbewegliche Gegenstände, die Ruinen antiker Bauwerke. Zum Belege sei kurz an die Rechtsentwicklung im Kirchenstaat erinnert, an den Erlaß Pius II. von 1462 und an die Bauordnung Sixtus IV. von 1480, die mit strengen Strafen die Zerstörung der bau-

lichen Reste des Altertums bedrohten[1]. Neben sie treten erst im 17. Jahrhundert die scharfen Vorschriften des Editto Aldobrandini und des Editto Botti, sowie im Beginn des 19. Jahrhunderts die Bestimmungen des Editto Doria Pamphili und des oft genannten Editto Pacca mit Anordnungen über Ausgrabungen sowie mit Verkaufs- und Ausfuhrverboten beweglicher Kunstgegenstände[2]. Wir begreifen, daß gerade in Italien — seit 1834 folgt Griechenland[3] — der Reichtum an beweglichem Kunstgut zu einer so weitgehenden Schutzgesetzgebung geführt hat. Auch die abschließende Gesetzgebung des Königreichs Italien vom 12. Juni 1902[4] behält den durch die älteren Edikte

[1] Der Erlaß Pius II. v. 1462, abgedr. bei Theiner, Cod. dipl. dominii temporarii S. Sedis V, III Nr. 369 (vgl. das Zitat bei J. Kohler, Recht der Kunstwerke und Altertümer, Arch. BürgR. IX, 1894, S. 67. Die Zuweisung an Paul II. ist ein Irrtum; es handelt sich um Pius II. 1458—1464; s. hierzu Giesker a. a. O. S. 40). Die Bauordnung Sixtus IV. s. bei A. Tomassetti, Bull. dipl. et privil. s. Rom. pontif. Taurinens. editio T. V pg. 273 nr. 24, Mariotti, La legislazione delle belle arti (Roma 1892), pg. 229. Das in den preußischen Landtagsverhandlungen bei der Beratung des Ausgrabungsgesetzes wiederholt herangezogene Edikt des Mediceers Leo X. (vgl. Stenogr. Berichte d. Verh. d. AbgH., 38. Sitzung v. 28. Febr. 1914 S. 3130 und 3146) stammt nicht aus dem Jahre 1515, sondern aus dem Jahre 1516 (Mariotti pg. 205). Es ist das an Raffael als Baumeister von St. Peter gerichtete Breve. Sein Inhalt ist auch ein anderer, als nach den angeführten Verhandlungen angenommen werden müßte. Es handelt sich um die Gewinnung von Baumaterial für die Peterskirche. In unser Gebiet schlägt nur der für den Baumeister (Raffael) bestimmte Hinweis »ut sine tuo jussu aut permissu lapidem ullum inscriptum caedere secareve ne audeant«.

[2] Das Editto Aldobrandini stammt von 1624 (Mariotti, S. 208, vgl. auch den Abdruck der wichtigsten Bestimmungen bei Kohler a. a. O. S. 68), das Edito Botti von 1646 (Mariotti, S. 209; Verbot des vendere, estrahere, fare estrahere fuora di Roma nè dello Stato Ecclesiastico). Für des Editto Doria Pamphili von 1802 vgl. Mariotti, S. 226—233; vor ihm liegt eine Reihe von Erlassen, für die auf Mariotti, S. 206 ff., Kohler a. a. O. S. 69 ff., Giesker, S. 113 verwiesen sei. Für das außerordentlich eingehende Editto Pacca vom Jahre 1820 vgl. Mariotti, S. 235 ff.

[3] Vgl. A. v. Wussow, Die Erhaltung der Denkmäler in den Kulturstaaten der Gegenwart (Berlin 1885) I S. 161, II S. 252—276. Griechenland hat sein Denkmalschutzgesetz von 1834 im Jahre 1899 durch ein verschärftes Schutzgesetz ersetzt; vgl. hierzu Giesker, S. 181. Wesentlich dem griechischen Vorbilde ist die Türkei (Gesetze von 1884 und 1907) gefolgt. Für Tunis, auf das gleichfalls im preußischen Abgeordnetenhause neuerdings hingewiesen wurde, vgl. das Dekret v. 7. März 1886; Annuaire de législation française pour 1886 (Paris 1887), pg. 189.

[4] Legge sulla conservazione dei monumenti e degli oggetti di antichità e di arte. Als Ausführungverordnung dient ein Reglement von 418 Artikeln. Änderungen durch das Ges. v. 20. Juni 1909. Einzelheiten bei Giesker, S. 142 ff., speziell über das Vorkaufsrecht des Staates S. 144, Ausfuhrtaxen S. 147 ff.

(vor allem durch die päpstlichen Erlasse) vorgezeichneten Anwendungskreis bei.

Noch ehe aber Italien für den Gesamtumfang der Monarchie zu einem einheitlichen Denkmalschutz gelangte, hatte Frankreich den entscheidenden Schritt in seinem »Loi du 30. mars 1887, relative à la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique« getan[5]. Auch hier sind es, wie schon der Gesetzestitel zeigt, nur Gegenstände unserer ersten Gruppe, die unter Denkmalschutz gestellt wurden. Im Vordergrunde stehen dabei die unbeweglichen Denkmäler; von beweglichen Gegenständen werden nur Altertümer und Kunstgegenstände im öffentlichen Besitz und Fundobjekte ergriffen. Ohne Zweifel hat das französische Gesetz die Entwicklung des Denkmalrechts in anderen Kulturländern stärker beeinflußt als die italienische Gesetzgebung. Auch auf Deutschland hat es unmittelbar und mittelbar eingewirkt. Jedenfalls — das muß vor allem betont werden — hat es den Ansporn zu einem systematischen gesetzgeberischen Vorgehen gegeben[6].

Bei einem Gesamtüberblick über den sachlichen Bereich des Denkmalschutzes in Deutschland erscheint es als ein entschiedener Mangel, daß sich die Mehrzahl unserer deutschen Landesgesetze bisher allzusehr auf die Erhaltung der unbeweglichen Denkmäler beschränkt[7]. Das ist in allen denjenigen Einzelstaaten der Fall, in denen die Vorschriften über den Denkmalschutz nicht in einem besonderen Denkmalschutzgesetz zusammengefaßt, sondern (wie in Baden, Mecklenburg-Schwerin, Sachsen-Weimar, Anhalt, Waldeck, Reuß j. L.[8]) den allgemeinen Bauordnungen eingefügt sind. Das gleiche gilt von denjenigen Staaten, die sich (wie Braunschweig, Bremen, Hamburg, Sachsen, Sachsen-Coburg-Gotha, Schwarzburg-

---

[5] Journal officiel du 31. mars; Bull. Nr. 17739. Vgl. F. Cros-Mayrevieille, De la protection des monuments historiques ou artistiques, des sites et des paysages (Dr.-These, Paris 1907).

[6] Siehe H. Loersch, Das französ. Ges. v. 30. März 1887, Bonner Universitätsprogr. 1897, P. Clemen, Die Denkmalpflege in Frankreich, Berlin 1898, besonders auch die Begründung zu dem Hess. DG. (o. II[2]) und Heyer, S. 59.

[7] Von ausländischen Gesetzen mit Beschränkung auf unbewegliche Denkmäler kann Ungarn (Ges. v. 24. Mai 1881, GesS. S. 400) und England (Ges. v. 18. Aug. 1882) genannt werden. Vgl. Kohler, S. 78, Giesker, S. 178.

[8] Oben II[24–29].

Rudolstadt, Schaumburg-Lippe[9]) auf »Baupflegegesetze« beschränken, die einer Verunstaltung von Stadt und Land vorbeugen sollen. Sicherlich stehen die Baudenkmäler für den Denkmalschutz in vorderster Linie; wir sind auch mit vielem — so vor allem mit der Erhaltung unserer Burgen[10] — noch stark im Rückstande. Aber die Verluste, die uns drohen, liegen nicht nur auf dem Gebiete der unbeweglichen Denkmäler; es sind nur Beispiele, wenn dabei an unsere vielfach noch gefährdeten Urkundenbestände und an Bodenfunde[11] erinnert wird. Bereits im Jahre 1899 stellte deshalb der Gesamtverein der deutschen Geschichts- und Altertumsvereine auf seiner Tagung zu Straßburg die Forderung auf, daß auch bewegliche Gegenstände von kunstgeschichtlicher oder geschichtlicher Bedeutung, die sich im Eigentum des Staates oder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts befinden, ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde nicht zerstört, veräußert, wiederhergestellt oder wesentlich verändert werden dürften. Eine weitere Forderung des gleichen Verbandes ging dahin, daß archäologische Ausgrabungen oder Nachforschungen irgendwelcher Art auf Grund und Boden des Staates oder einer öffentlichen Korporation nicht ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde unternommen werden dürften.

Derjenige deutsche Einzelstaat, der diese Forderungen zuerst in seiner Gesetzgebung anerkannte und verwirklichte, war das Großherzogtum Hessen. Sein Denkmalschutzgesetz vom 16. Juli 1902 bezieht sich nicht nur auf Baudenkmäler und ihre Umgebung, sondern umfaßt auch im öffentlichen Besitz befindliche bewegliche Denkmäler von geschichtlicher Bedeutung[12], sowie Ausgrabungen und Funde. Seine Vorschriften

---

[9] Oben II[16–23].

[10] Auf diese Aufgabe ist ganz besonders hinzuweisen. Mit der sachgemäßen Erhaltung der Reste unserer Burgen sind nicht nur hervorragende landschaftliche Interessen, sondern zahlreiche, zum guten Teil noch ungelöste kulturhistorische Probleme verknüpft. Vgl. Herm. Ehrenberg, Moderne Denkmalpflege und die Burg Altena (Münster 1907), Konr. Lange, Die Grundsätze der modernen Denkmalpflege (Tübingen 1906), S. 18 ff., 28 ff.

[11] Siehe die instruktive »Denkschrift über die Notwendigkeit eines gesetzlichen Schutzes der Bodenaltertümer in Preußen« (Verfasser: C. Schuchardt und O. Jaekel). — Für die Frage der Altertumsfunde im allgemeinen vgl. C. Hennings, Altertumsfunde, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Schatzrecht nach BGB. und zur Frage der Gesetzgeb. betr. Denkmalpflege (Rostocker Diss. 1911), auch M. Pappenheim in Iherings Jahrb. Bd. 45, 1903 S. 141 f. und an der u. IV[1] zitierten Stelle.

[12] Darunter versteht das hessische Gesetz auch Urkunden (Art. 3).

gehen sogar, wie wir bei der Besprechung der von uns unterschiedenen zweiten Gruppe (Naturdenkmäler) sehen werden, über diesen Kreis hinaus. Seitdem regen sich auch in anderen Einzelterritorien die Bemühungen, eine gesetzliche Ordnung des Denkmalschutzgesetzes auf verbreiterter Grundlage zu erreichen. Der erste Staat, dem dies im Anschluß an das hessische Vorbild gelungen ist, ist das Großherzogtum Oldenburg. Sein Denkmalschutzgesetz vom 18. Mai 1911[13] stellt aber keine einfache mechanische Herübernahme dar, sondern bedeutet einen wertvollen Fortschritt. Vor allem gilt das von der straffen systematischen Ordnung, die das OldenbDG. auszeichnet. Aber auch in materieller Beziehung enthalten die Sätze des Gesetzes vom 18. Mai 1911 bedeutsame neue Vorschriften[14]. Hier genügt es zunächst, festzustellen, daß seine Sätze für die erste der von uns unterschiedenen Gruppen (und zwar ohne Scheidung nach der Seite des Eigentümers) schützen:

»1. Baudenkmäler, d. h. Bauwerke, deren Erhaltung wegen ihrer kunstgeschichtlichen oder sonst geschichtlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt.

Dazu gehören auch die Denkmäler aus vor- und frühgeschichtlicher Zeit (Hügelgräber, Steindenkmäler, Wurten, Burgwälle, Schanzen, Landwehre usw.);

2. Naturdenkmäler . . . (vgl. u. III[20]);
3. Die Umgebung von Bau- und Naturdenkmälern;
4. in der Erde verborgene unbewegliche oder bewegliche Gegenstände von kulturgeschichtlicher oder sonst geschichtlicher Bedeutung;

---

[13] Oben II[3]. Vor dem Oldenb. DG. v. 18. Mai 1911 liegt das in der bisherigen Literatur nicht beachtete kurze Gesetz des Herzogtums Sachsen-Altenburg v. 20. März 1909 (o. II[14]), das sich gegen die »Veräußerung oder wesentliche Veränderung von Sachen, welche einen besonderen wissenschaftlichen, historischen oder Kunstwert haben, insbesondere von Archiven oder Teilen derselben« wendet (verlangt wird in diesen Fällen die Genehmigung der Aufsichtsbehörde). Unter »Sachen« sind, wie die Begründung (vgl. das Zitat o. II[14]) betont, auch Gebäudeteile zu verstehen, sodaß auch auf Grund des Gesetzes vom 20. März 1909 gegen Verunstaltung und Störung der künstlerischen Einheit von Kirchen vorgegangen werden kann (vgl. außerdem den Hinweis a. a. O.). Ähnliche Bestimmungen, deren gleichfalls an dieser Stelle zu gedenken ist, enthalten Sachsen-Meiningen (o. II[15]) und Waldeck (o. II[29]).

[14] Sie liegen vor allem in der stärkeren Unterstellung des Privateigentums unter Denkmalschutz. Vgl. u. V.

5. bewegliche Denkmäler, d. h. bewegliche Gegenstände (auch Urkunden), deren Erhaltung wegen ihrer Bedeutung für die Geschichte, insbesondere auch die Kunst-, Kultur- und Naturgeschichte des Großherzogtums, im öffentlichen Interesse liegt[15].«

Dieser weiter gedehnte, unbewegliche und bewegliche Kunstdenkmäler umfassende Schuß ist für Preußen und Bayern nicht in gleicher Weise mit einer einzigen Gesetzesvorschrift, wie in Oldenburg, zu belegen. Praktisch betrachtet kommen beide Staaten für unsere erste Gruppe — wenn wir dabei von dem Unterschiede in der Eigentumsfrage absehen — wesentlich auf dieselben Ergebnisse hinaus. Vorschriften des staatlichen Aufsichtsrechts über kirchliche und politische Gemeinden wirken hier mit Sonderquellen, wie den preußischen Gesetzen vom 2. Juni 1902 und 15. Juli 1907, dem PreußAusgrG. und dem bayer. Allerh. Erl. vom 6. September 1908, zusammen, um Denkmäler mit Mobiliar- und Immobiliarqualität zu erfassen[16]. Auch der Lüb. DG. E. 1911 bezeichnet als Denkmal im Sinne des Gesetzes

»jeden unbeweglichen oder beweglichen Gegenstand, dessen Erhaltung wegen seiner Bedeutung für die lübeckische Geschichte,

---

[15] Oldenb. DG. § 1. Auch der Bad. DG.E. 1884 (o. II [25]) bezeichnet als Denkmäler im Sinne des Gesetzes »Alle unbeweglichen und beweglichen Gegenstände, welche aus einer abgelaufenen Kulturperiode herstammen und als charakteristische Wahrzeichen ihrer Entstehungszeit für das Verständnis der Kunst und Kunstindustrie und ihrer geschichtlichen Entwicklung, für die Kenntnis des Altertums und für die geschichtliche Forschung überhaupt, sowie für die Erhaltung der Erinnerung an Vorgänge von hervorragendem, historischem Interesse eine besondere Bedeutung haben« (§ 1). Der Bad. DG.E. 1884 trifft auch eingehende Vorschriften über Ausgrabungen und Gelegenheitsfunde (§§ 12, 13, 14).

[16] Für Preußen s. die Belege hierfür o. II [5–8] und die Zitate bei Lezius, S. 64 ff., Heyer, S. 104 ff. und Bredt (o. II [5]). Inwieweit im einzelnen der durch das staatliche Aufsichtsrecht gewährleistete Schutz in Preußen gegenüber den Kunstdenkmälern politischer Gemeinden anders wirkt, wie gegenüber kirchlichem Kunstbesitz, wird u. V bemerkt. Für Bayern vgl. die Nachweise o. II [9], insbesondere W. M. Schmidt, S. 11, Heyer, S. 155 ff., Recht u. Verwaltung des Heimatschutzes in Bayern, S. 122 ff., R. Steinmetz, Denkmalschutz und Denkmalpflege für vor- und frühgeschichtl. Altertümer in Bayern (Würzburger Diss. 1912), Freih. v. Heydt in Denkmalpflege, Bd. I (1910) S. 294 ff. Das Bayer. G. v. 6. Juli 1908 hat die Gemeindeordnungen ausdrücklich dahin ergänzt, daß in den Art. 159 bez. 59 als Ziffer 4a eingefügt wurde: »Bei Veräußerung, Belastung, Restaurierung oder Veränderung beweglicher Sachen von prähistorischem, historischem oder kunsthistorischem Wert.«

insonderheit die lübeckische Kunstgeschichte, im öffentlichen Interesse liegt« (§ 1),

und läßt die Beschränkungen, denen der Entwurf in § 3 unbewegliche Denkmäler unterwirft, auf bewegliche Denkmäler sinngemäß Anwendung finden (§ 5)[17]. Wird der künftigeGesetzeswortlaut den Vorschlägen der zweiten Kommission entsprechen, so werden auch beide Arten von Denkmälern, trotz der von der Kommission vorgeschlagenen wesentlichen Änderungen des Entwurfs, dem Schutze unterstellt werden[18]. Was endlich den neuesten Entwurf, den Württ. DG. E. 1914, betrifft, so sind »Denkmale im Sinne des vorliegenden Gesetzes«

»solche Gegenstände der Kunst oder des Altertums, deren Erhaltung vermöge ihres künstlerischen oder wissenschaftlichen Werts oder vermöge der sich an sie knüpfenden Erinnerungen im öffentlichen Interesse gelegen sind. Eingeschlossen sind insbesondere auch vorgeschichtliche Gegenstände, alte Münzen, Bücher sowie Urkunden und ältere geschichtlich wertvolle Akten« (Art. 1).

Diese Begriffsbestimmung ist so allgemein gehalten, daß sie bewegliche wie unbewegliche Gegenstände deckt. Sie nimmt auch in Art. 4 ausdrücklich für den Fall der Grabungen auf unbewegliche Denkmale Bezug. Tatsächlich liegt jedoch der Schwerpunkt des Württ. DG. E. 1914, abgesehen von Art. 4, ausschließlich im Bereiche der beweglichen Altertümer. Die neue Bauordnung, die zu dem Gesetz vom 28. Juli 1910 führte, hat Vorschriften im Interesse der Erhaltung von Baudenkmälern und eigenartigen Orts-, Straßen- und Landschaftsbildern gebracht. Die Begründung zum Württ. DG. E. erklärt im Hinblick hierauf ausdrücklich, »es bliebe abzuwarten, welche Wirkung die neuen Vorschriften haben werden ... Jedenfalls scheiden die in der Bauordnung geregelten Gegenstände der Denkmalpflege aus dem gesetzgeberischen Vorgehen bis auf weiteres aus[19].«

2. Hand in Hand mit dem Schutze der Kunstdenkmäler geht in einem Teil der Landesgesetze der Schutz der Gegenstände unserer zweiten Gruppe, der Naturdenkmäler. Wir umfassen mit diesem Ausdrucke nicht nur

---

[17] Oben II [10].

[18] Vgl. den Bericht der 2. Kommission v. 18. Nov. 1913 (o. II [10]), S. 2. Für die Eigentumsfrage s. u. V [6] und IV [10].

[19] S. die Begründung zum Entwurf (o. II [11]), S. 5. Für das geltende Recht Württembergs s. auch die am Schlusse von II [11] aufgeführten kirchlichen Erlasse zum Schutze beweglicher Kunstgegenstände und Altertümer.

»Natürliche Bildungen der Erdoberfläche, wie Wasserläufe, Felsen, Bäume u. dgl., deren Erhaltung aus geschichtlichen oder naturgeschichtlichen Rücksichten oder aus Rücksichten auf landschaftliche Schönheit oder Eigenart im öffentlichen Interesse liegt . . .«[20].

Vielmehr stellen wir unter den Ausdruck »Naturdenkmäler« auch bewegliche Gegenstände, die naturgeschichtlich (z. B. paläontologisch) von Bedeutung sind[21].

Auffallend ist, wie spät dieser Schutz in Deutschland einsetzt. Das Großherzogtum Hessen ist in der Tat der erste Staat gewesen, der diese Frage auf dem Wege der Gesetzgebung systematisch anfaßte. Bedauerlicherweise hat Hessen darin weniger Nachfolge gefunden, als zu erwarten und zu wünschen war. Eng hat sich seinem Vorgänger Oldenburg durch Herübernahme der hessischen Bestimmungen angeschlossen[22]. Schon der Lüb. DG. E. 1911 aber enthält über Naturdenkmäler — unbewegliche wie bewegliche — keine Vorschrift, obwohl es an beiden gerade in Lübeck nicht fehlt. Nehmen wir die beweglichen Naturdenkmäler voraus, so macht sich sogar gegen die vom HessDG. eingeleitete Bewegung in den neuesten gesetzgeberischen Arbeiten eine Gegenströmung geltend. Jedenfalls ist es in Preußen nicht gelungen, im AusgrG. einen allgemeinen Schutz naturgeschichtlich bedeutsamer Funde zu erreichen. Wohl enthielt der erste Entwurf des PreußAusgrabG. in § 1 Abs. 1 die Vorschrift:

»Eine Grabung nach Gegenständen von kulturgeschichtlicher oder naturgeschichtlicher Bedeutung darf nur in der Weise erfolgen,

---

[20] So die Definition des Hess. DG. Art. 33. Ihr ist das Oldenb. D.G. in § 1 Ziffer 2 gefolgt: »Naturdenkmäler, d. h. besonders charakteristische Gebilde der heimatlichen Natur wie Seen, Wasserläufe, Hügel, Felsen, Bäume und dergleichen, deren Erhaltung aus geschichtlichen oder naturgeschichtlichen Rücksichten oder aus Rücksichten auf die landschaftliche Schönheit oder Eigenart im öffentlichen Interesse liegt.«

[21] Das Hess. DG. will sie, wie aus der Begründung zum Entwurf (o. II [2]), S. 39 hervorgeht, mit dem Ausdruck des Art. 26 decken: »Werden in einem Grundstück verborgene unbewegliche oder bewegliche Gegenstände von kulturgeschichtlicher oder sonst geschichtlicher Bedeutung . . . aufgefunden.« Vgl. dazu a. a. O.: »Eine geschichtliche Bedeutung liegt auch vor, wenn es sich um ein Interesse für die Naturgeschichte oder Menschenkunde (Anthropologie) handelt.« Oldenb. DG. stellt die oben im Text genannten Gegenstände in § 1 unter Ziffer 5.

[22] Vgl. die unmittelbar vorhergehenden beiden Anmerkungen und o. III bei Anm. 15.

daß nicht das öffentliche Interesse an der Förderung der Wissenschaft und Denkmalpflege beeinträchtigt wird[23].«

Ebenso stellte § 4 Abs. 1 für »Gelegenheitsfunde« Gegenstände von kulturgeschichtlicher und naturgeschichtlicher Bedeutung einander gleich. Bereits im Abgeordnetenhause aber wurden Bedenken laut. Sie führten im § 4 Abs. 1 zu einer Abschwächung des Entwurfs durch Einschaltung des Wortes »erheblich«[24]. Noch stärker waren die Einwendungen, die im Herrenhause erhoben wurden. Man gelangte dort zur Streichung des ganzen § 4 und brach damit eine der wichtigsten Vorschriften aus dem Gesetz heraus[25]. Um das Gesetz zustande zu bringen, gab deshalb der zweite Entwurf dem § 1 Abs. 1 die engere Fassung:

»Eine Grabung nach Gegenständen, die für die Kulturgeschichte einschließlich die Urgeschichte des Menschen von Bedeutung ist . . .«

und § 5 Abs. 1 des zweiten Entwurfs (= § 4 des ersten Entwurfs) schloß sich dieser Fassung mit den Worten an:

»Wird in oder auf einem Grundstück ein Gegenstand, der für die Kulturgeschichte einschließlich der Urgeschichte des Menschen von erheblicher Bedeutung ist, gelegentlich entdeckt . . .«[26].

In dieser Fassung ist der Entwurf Gesetz geworden. Es ist ein Vorteil, daß damit wenigstens ein besonders wichtiger Teil der naturgeschichtlich bedeutsamen Funde gesichert wird. Immerhin ist die Einschränkung aus wissenschaftlichen Gründen zu bedauern. Die rückläufige Bewegung, die der zweite preußische Entwurf eines AusgrabG. angetreten

---

[23] Oben II [2].

[24] § 4 Abs. 1: »Wird in oder auf einem Grundstücke ein Gegenstand mit erheblicher kulturgeschichtlicher oder naturgeschichtlicher Bedeutung gelegentlich entdeckt . . .« (Vgl. Abg.H. Drucks. 1912/1913 Nr. 1484 S. 9841.)

[25] Vgl. Stenogr. Ber. d. HerrenH. 34. Sitzung v. 2. Mai 1913 Sp. 1595; s. hierzu auch die Ausführungen v. Bruchhausen's und v. Gwinner's a. a. O. Sp. 1590.

[26] Die Begründung (o. II [7]) erklärt dazu S. 11: »Dem Schutze des Gesetzes unterstehen Gegenstände, die für die Kulturgeschichte, einschließlich der Urgeschichte des Menschen (§§ 1, 5, 8) oder für die Urgeschichte der Tier- und Pflanzenwelt (§§ 4, 8) von Bedeutung sind. Während die frühere Vorlage Gegenstände von naturgeschichtlicher Bedeutung schlechthin, mithin auch allgemein geologische und mineralogische Stücke, umfaßte, beschränkt sich der jetzige Entwurf im Verfolg einiger im Landtag erhobener Bedenken auf Gegenstände »von paläontologischem Werte«. Der in dem eben zitierten Satze der Begründung angeführte § 4 enthält nach den Worten »die für die Urgeschichte der Tier- oder Pflanzenwelt von Bedeutung sind« noch den Zusatz »(Grabungen . . .) insbesondere nach Versteinerungen«. Das Herrenhaus hat diesen Zusatz gestrichen.

hat, macht sich sogar im Württ. DG. E. 1904 noch schärfer geltend, denn der württembergische Entwurf hat die beweglichen Naturdenkmäler von vornherein vollständig ausgeschaltet[27]. Und doch ist gerade Württemberg besonders reich an wichtigen naturgeschichtlichen Funden. Der württembergische Entwurf würde, wenn er in seiner vorgeschlagenen Fassung Gesetz würde, noch enger sein, als das PreußAusgrabG; denn die Begründung zu Art. 1: »Ausgeschlossen sind Gegenstände, die nicht von Menschenhand bearbeitet sind« gestattet nicht einmal die Einbeziehung solcher Funde, die (— sobald sie nicht Artefakte sind —) für die Urgeschichte des Menschen Bedeutung besitzen[28]. Es ist dringend zu wünschen, daß das Württ. DG. E. auf diesem Punkte eine Erweiterung erhält.

Auch für die unbeweglichen Naturdenkmäler ist die Schaffung eines Schutzes in anderen Einzelstaaten nicht mit der gleichen Bestimmtheit erfolgt, wie in Hessen und Oldenburg. Vor allem besteht in Preußen kein gesetzlicher Schutz, der die zwangsweise Erhaltung unbeweglicher Naturdenkmäler unabhängig von ihrer Umgebung ermöglichte[29], denn die Gesetze vom 2. Juni 1902 und 15. Juli 1907 schützen nur »Landschaften«; die Sicherung eines Naturdenkmals läßt sich deshalb auch nur in Verbindung mit einem landschaftlichen Schutze erreichen[30]. Von anderen Territorien gestattet Baden zum Schutze hervorragender Naturdenkmäler örtliche Bauordnungen, während Hamburg der Naturdenkmäler in § 1 seines Baupflegegesetzes, Württemberg in Art. 11

---

[27] Der Grund der Motive (o. II [11]) S. 6, daß Naturdenkmale im allgemeinen auf dem bloßen Verwaltungswege erfolgreicher geschützt werden könnten, als Kunstdenkmale, ist nicht voll überzeugend; vor allem dürfte er gegenüber naturgeschichtlich bedeutsamen Fundstücken nicht zutreffen.

[28] Auch für Funde dieser Art kommt Württemberg in hervorragender Weise in Betracht.

[29] Vgl. Heyer, S. 113.

[30] Von diesem Punkte aus ist in Preußen unter der tatkräftigen Hilfe von Conwentz viel geschehen. Vgl. H. Conwentz, Die Gefährdung der Naturdenkmäler und Vorschläge zu ihrer Erhaltung, Denkschrift (Berlin 1904); H. Conwentz, Beiträge zur Naturdenkmalpflege, Berlin 1910 ff., auch Heyer, S. 112; s. auch Fürst Wilhelm v. Hohenzollern, Gedanken u. Vorschläge zur Naturdenkmalpflege in Hohenzollern (Berlin 1911). — Für die Naturpflege in Bayern vgl. Recht u. Verwalt. des Heimatschutzes in Bayern S. 6 ff.; auch Heyer, S. 160 ff.; G. Eigner, Der Schutz der Naturdenkmäler, insbesondere in Bayern (Stuttgart 1905); G. Eigner, Naturpflege in Bayern (München 1908).

der Bauordnung vom 28. Juli 1910 gedenkt[31]. Wie aber bereits aus dem Zusammenhange beider Vorschriften hervorgeht, handelt es sich dabei nicht um die Sicherung der Substanz eines solchen Denkmals gegen Zerstörung, sondern nur um seinen Schutz gegen eine verunstaltende Umgebung. Das, was erreicht, und der Weg, auf dem dieses Ziel erstrebt wird, fällt deshalb auch in diesen Einzelstaaten wesentlich unter die dritte der von uns unterschiedenen Gruppen.

3. Gerade diese dritte Gruppe (Heimatschutz) hat in der Gesetzgebung des letzten Jahrzehnts eine besonders lebhafte Berücksichtigung und Förderung erfahren[32]. Als Ziel der Heimatschutzbewegung ist oben S. 147 die Erhaltung des mit dem Heimatgefühl der Bewohner verwachsenen überlieferten Gepräges unserer Ortschaften und unserer Landschaft, verbunden mit den überkommenen Zügen des Volkslebens und der heimischen Natur, bezeichnet worden. Bei diesem weitgedehnten Aufgabenkreise liegt die schwierige Frage darin, was gesetzgeberisch faßbar ist. Wie auf manchem anderen einer Rechtsformulierung bedürfenden Gebiete, so besteht auch hier eine ganze Reihe idealer Forderungen, die von unserer Gesetzestechnik nicht ergriffen und in Gesetzesworte gekleidet werden können. Gesetzgeberisch als Gegenstand faßbar ist der überkommene Besitzstand unseres Orts- und Landschaftsbildes. Als Gesetzesziel — mit der Möglichkeit einer gesetzlichen Formulierung — erscheint der Schutz dieses Besitzstandes gegen Verunstaltung. Die ersten Versuche zur Verwirklichung dieses Schutzes setzen in Preußen und Hessen fast gleichzeitig ein[33]. Was sie zunächst erstreben — wenigstens gilt dies von dem kurzen PreußG. vom 2. Juni 1902 — erscheint uns von dem heutigen Stande des Heimat-

[31] Für Baden vgl. o. II[25], auch Ludw. Klein, Die botanischen Naturdenkmäler des Großherzogt. Baden und ihre Erhaltung (Karlsruhe 1904); für Hamburg o. II[18]. Die württ. Bauordn. v. 28. Juli 1910 (o. II[11]) bestimmt, daß bei der Feststellung neuer oder der Abänderung alter Ortsbaupläne auf die Erhaltung der Naturdenkmäler Rücksicht genommen werden soll.

[32] Literaturnachweise s. besonders o. I[3], [4], [5], [6], vor allem Heyer und Bredt, C. J. Fuchs, Handb. d. Polit.[2] Bd. III S. 162 ff.

[33] Hess. DG. Art. 35, Preuß. G. v. 2. Juni 1902 (o. II[8]). Hessen hat es bisher bei diesem Art. 35 seines DG. bewenden lassen und befindet sich dadurch in Hinblick auf die Gefahr einer Verunstaltung von Stadt und Land gegenüber Preußen (Ges. v. 15. Juli 1907) und denjenigen Staaten, die sich Preußen angeschlossen haben, im Rückstande. Vgl. Heyer, S. 87. — Für Schutzversuche in Preußen vor dem G. v. 2. Juni 1902 vgl. u. a. O. Bühler, Die subjektiven öffentl. Rechte (1904) S. 187 bei Anm. 297.

schutzes aus kein hochgestecktes Ziel. Es ist der Kampf gegen die Verunstaltung landschaftlich hervorragender Gegenden durch Reklameschilder, Aufschriften und Abbildungen. Dieser erste Schritt war aber doch der entscheidende. Er war zugleich der erste Sieg derjenigen, die auf die Notwendigkeit eines gesetzlichen Schutzes unserer Heimat immer von neuem hingewiesen hatten. Schon nach fünf Jahren konnte man an eine wesentliche Vertiefung dieser Maßnahmen denken. Ihren gesetzlichen Ausdruck fand diese Vertiefung in dem PreußG. vom 15. Juli 1907[34]. Der Gegenstand des Schutzes ist in Preußen dadurch erweitert worden, daß sich das Gesetz vom 15. Juli 1907 nicht mehr nur gegen die Verunstaltung landschaftlich hervorragender Gegenden, sondern neben ihnen gegen die Verunstaltung von Ortschaften, »der Straßen oder Plätze der Ortschaften oder der Ortsbilder«, wendet. Vor allem aber handelt es sich nicht mehr nur um die Abwehr des Reklameunwesens, sondern um den ungleich weitergehenden Schutz gegen bauliche Verunstaltungen. Und dieser erweiterte Kreis des Heimatschutzes bildet seitdem das feste Ziel, auf das auch in anderen Einzelstaaten die Landesgesetzgebung gerichtet ist[35]. Die Belege dafür sind aus unserer Quellenübersicht unter II. unschwer zu entnehmen. Vielfach — so in Sachsen, Oldenburg, Braunschweig, Sachsen-Koburg-Gotha, Bremen[36] — ist die gesetzliche Ordnung dieser Frage im (mehr oder minder) unmittelbaren Anschluß an das preußische Vorbild erfolgt. Aber auch dort, wo die Landesgesetzgebung nach dem Zusammenhange und der Formulierung ihrer Vorschriften selbständigere Wege gegangen ist — wie in Württemberg, Baden, Mecklenburg-Schwerin,

---

[34] Oben II[8]; Heyer, S. 109 ff.; Bredt, Heimatschutz S. 13 ff.

[35] Nur in den Fürstentümern Schwarzburg-Rudolstadt und Schaumburg-Lippe bildet der Kampf gegen die verunstaltende Reklame den Kern der Gesetze v. 24. Dez. 1910 (o. II[22]) und v. 21. März 1911 (o. II[23]). In beiden Fällen jedoch erweitert auf Ortsbilder, Straßenbilder und Bauwerke; in Schwarzburg-Rudolstadt außerdem erweitert durch Erstreckung des Gesetzes auf verunstaltende Schutthalden, Steinbrüche u. ä.

[36] Für Sachsen vgl. o. II[19]. Dabei genügt in Sachsen eine Verunstaltung schlechthin. Das sächs. Ges. v. 10. Märs 1909 hat also den in Preußen umstrittenen Ausdruck »gröblich« (vgl. Bredt, Heimatschutz S. 16 ff.; Heyer, S. 35, 110, vor allem Stintzing, S. 60 ff.) weggelassen. Daß Sachsen das »muß« der preußischen Vorlage v. 15. Juli 1907 § 1 in ein »kann« verwandelt hat, verdient Zustimmung (vgl. auch Bredt a. a. O. S. 39). Die Belege für Oldenburg s. o. II[3], für Braunschweig II[16], Sachsen-Koburg-Gotha II[21], Bremen II[17].

SachsenWeimar, Anhalt, Waldeck, Reuß j. L., Hamburg und Lübeck —, erscheint nach dem Wortlaut der einschlagenden Bestimmungen als gesetzgeberisches Ziel immer wieder »der Schutz des Orts- und Landschaftsbildes gegen Verunstaltung«[37]. —

Im Beginn unserer Ausführungen unter III. wurde darauf hingewiesen, daß eine Unterscheidung im Hinblick auf die Gegenstände des Schutzes auch darnach zu machen sei, ob Eigentum des Staates, der Kirchen, der politischen Gemeinden oder ob Eigentum einer natürlichen oder juristischen Person des Privatrechts vorliegt. Wir verbinden die Antwort auf die hieraus entstehenden Fragen richtiger mit den Erörterungen unter V. Es wird sich ergeben, daß die Eigentumsfrage auf die Anwendung des Denkmalschutzgesetzes einen erheblichen Einfluß ausübt und vielfach zu beträchtlichen Einschränkungen der Anwendung führt. Ein weiteres praktisch wichtiges Regulativ für die Anwendung bildet ein Moment, das die rechtliche Unterlage für die Denkmalschutzgesetzgebung liefert: das öffentliche Interesse[38].

IV. Rechtliche Natur des Schutzes.

Wer die Behauptung aufstellt, daß das lebende Geschlecht seine Anschauungen über den Staatsbegriff und über die Aufgaben des Staates im Vergleich mit den Anschauungen vor 50 Jahren vertieft hat, von dem fordert man heute nicht mehr Beweise. Keine Beweise verlangt man auch von dem, der die gleiche Behauptung im Hinblick auf das soziale Pflichtgefühl und das gesteigerte soziale Verständnis der lebenden Generation aufstellt. Beide Tatsachen sind Lichtseiten im Bilde der Gegenwart. Unter dem gleichen Zeichen steht in Deutschland die Entwicklung der Denkmalpflege und des Heimatrechts. Was Schinkel

---

[37] Vgl. für Württemberg die Bauordnung v. 28. Juli 1910 Art. 11 und 98 (o. II[11]) und hierzu Heyer, S. 144, 148 ff., Bredt a. a. O. S. 93 ff.; für Baden o. II[25] (s. Heyer, S. 133, 137), Mecklenburg-Schwerin o. II[26], Sachsen-Weimar o. II[27], Anhalt o. II[28]. Waldeck o. II[29], Reuß j. L. o. II[24], Hamburg o. II[18], Lübeck o. II[10], auch Lüb. DG. E. 1911 § 4. — Das Elsaß-Lothringische Ges. v. 7. Nov. 1910 (o. II[32]) enthält nur den engeren Ausdruck »Schutz des Ortsbildes«. — Für Bayern vgl. einmal die Strafandrohung gegen verunstaltende Reklame in der durch Ges. v. 6. Juli 1908 geschaffenen Fassung des Art. 22b des PolStGB., weiter aber die Ausführungen bei Heyer, S. 158 ff. Bredt, S. 82 ff.; auch die Nachweise o. III[30].

[38] Vgl. u. IV[5].

im Jahre 1814 als programmatischen Punkt des Denkmalschutzes betonte — »Förderung der nationalen Bildung und des Interesses an dem früheren Schicksale des Vaterlandes« — wird heute niemand mehr bestreiten[1]. Mit Recht ist die Erhaltung der Zeugen für die geschichtliche Entwicklung eines Volkes als »eine der wichtigsten Kulturaufgaben des modernen Staates«, als »eine Lebensfrage für die Erhaltung des nationalen Sinns« bezeichnet worden. Es handelt sich dabei um nichts weniger, als um die Erziehung unseres Volkes zu nationalem Denken. Sie läßt sich nicht nur durch Hinweise auf die Errungenschaften der Gegenwart erreichen. Sie bedarf zugleich des in die Vergangenheit gerichteten Blicks. Dafür aber, daß dieser Blick sich nicht ins Phantastische verliert, sondern immer wieder den richtigen Maßstab erhält, bieten unsere Denkmäler die besten Augenpunkte.

Zu diesen ideellen Überlegungen treten unterstützend wirtschaftliche Gesichtspunkte hinzu. Man weist darauf hin, welche volkswirtschaftlichen Werte in unseren Denkmälern enthalten sind. Volkswirtschaftlich im Sinne John Ruskins, dessen Wort Carl Fuchs[2] mit Recht den Gegnern entgegenhält. Volkswirtschaftlich auch vom Standpunkte der in unserem Denkmalbesitz enthaltenen großen realen Werte, die der Staat als Hüter des nationalen Reichtums im Interesse künftiger Geschlechter gegen Raubbau sichern muß. Von anderer Seite wird als drittes unterstützendes Moment auf den Begriff »der öffentlichen Wohlfahrt« hingewiesen und seine Anwendung gefordert, um daraus den Anspruch auf die Erhaltung eines überkommenen Orts- und Landschaftsbildes herzuleiten. Es darf dabei daran erinnert werden, daß in Preußen die Vorschrift des PrALR. I, 8 § 33[3] bereits in der königlichen Order vom 20. Juni 1830 zum Zwecke des Denkmalschutzes verwendet worden ist[4].

---

[1] Vgl. u. a. die Begründung zum Hess. DG. S. 21 ff. (o. II[5]), sowie zum Württ. DG. E. 1914 S. 120, auch Pappenheim, Empfiehlt es sich reichsrechtlich oder landesrechtlich dem Staate ein Vorrecht an Altertumsfunden zu gewähren? (Gutachten für den 27. Juristentag, Verh. Bd. 2, 1904) S. 4, P. Clemen, Denkmalpflege Bd. I S. 127.

[2] Carl J. Fuchs, Heimatschutz und Volkswirtschaft (Flugschrift des Bundes Heimatschutz 1905) S. 21 ff.

[3] PrALR. I, 8 § 33.: »Soweit die Erhaltung einer Sache auf die Erhaltung und Beförderung des gemeinen Wohls erheblichen Einfluß hat, soweit ist der Staat deren Zerstörung und Vernichtung zu untersagen berechtigt.«

[4] Es handelte sich dabei um das Verbot der Zerstörung alter Stadtmauern, Wälle und Tortürme.

Das wesentliche für die juristische Betrachtung und Folgerung ist, daß alle diese Begründungen mit einem öffentlichen Interesse an der Erhaltung derjenigen Gegenstände, die als Denkmäler anzusehen sind, rechnen. Neben die anerkannten öffentlichen Interessen, die als Interessen der öffentlichen Sicherheit, der Feuerpolizei, Gesundheitspolizei u. a. erscheinen, tritt als neues anerkanntes öffentliches Interesse das Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung ideeller Werte, wie sie die Gebiete der Denkmalpflege umschließen. Weil es sich dabei um ein öffentliches Interesse handelt, so besteht Recht und Pflicht des Staates, auf dem Wege der Rechtsordnung Vorschriften zur Herbeiführung eines wirksamen Schutzes zu treffen und damit die Gleichstellung mit den bisherigen anerkannten und rechtlich geschützten öffentlichen Interessen durchzuführen. Daß in der Tat dieses öffentliche Interesse die Rechtsgrundlage des modernen Denkmalschutzes bildet, wird von den grundlegenden Bestimmungen unserer Schutzgesetze immer wieder ausdrücklich hervorgehoben[5]. Genannt seien z. B.:

Hess. DG. Art. 1 Abs. 1: »Steht einer juristischen Person des öffentlichen Rechts die Verfügung über ein Bauwerk zu, dessen Erhaltung wegen seiner Bedeutung für die Geschichte, insbesondere für die Kunstgeschichte, im öffentlichen Interesse liegt . . .«

Art. 33: »Natürliche Bildungen der Erdoberfläche . . ., deren Erhaltung aus geschichtlichen oder naturgeschichtlichen Rücksichten oder aus Rücksichten auf landschaftliche Schönheit oder Eigenart im öffentlichen Interesse liegt . . .«[6]

Oldenb. DG. § 1. Den Schutz dieses Gesetzes genießen: »1. Baudenkmäler d. h. Bauwerke, deren Erhaltung wegen ihrer kunstgeschichtlichen oder sonst geschichtlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt.«

Ebenso § 1 Ziffer 3 und Ziffer 5.

Lüb. DG. E. v. 1911 § 1 Abs. 2: »Als Denkmal im Sinne dieses Gesetzes gilt jeder unbewegliche oder bewegliche Gegenstand, dessen Erhaltung wegen seiner Bedeutung für die lübeckische Geschichte,

---

[5] Von außerdeutschen Quellen sei vor allem auf das französische Gesetz v. 30. März 1887 (o. III [5]) verwiesen. Es schützt nach Art. 1 Gegenstände, »dont la conservation peut avoir au point de vue de l'histoire . . . un intérêt national«.

[6] Vgl. hierzu auch S. 22 der Begründung (o. II [2]).

insbesondere die lübeckische Kunstgeschichte im öffentlichen Interesse liegt[7].«

Preuß. AusgrG. § 1: »Eine Grabung nach Gegenständen, die für die Kulturgeschichte einschließlich der Urgeschichte des Menschen von Bedeutung ist, darf nur in der Weise erfolgen, daß nicht das öffentliche Interesse an der Förderung der Wissenschaft und Denkmalpflege beeinträchtigt wird.«

Württ. DG. E. v. 1914 Art. 1: »Denkmale im Sinne des vorliegenden Gesetzes sind solche Gegenstände der Kunst oder des Altertums, deren Erhaltung vermöge ihres künstlerischen oder wissenschaftlichen Werts oder vermöge der sich an sie knüpfenden Erinnerungen im öffentlichen Interesse gelegen ist.«

Auch auf die Motive der Gesetze gegen die Verunstaltung von Stadt und Land kann verwiesen werden; beispielsweise sei nur die Begründung des unter V. an die Spitze gestellten Braunschw. Ges. vom 1. Februar 1911 hervorgehoben.

Weil es sich dabei um ein öffentliches Interesse, um »Interessen des Gemeinwohls« handelt, sind die Sätze, die hierfür aufgestellt werden, Sätze des öffentlichen Rechts. Für das Gebiet des öffentlichen Rechts aber steht den deutschen Einzelstaaten, soweit nicht das Reich auf Grund der Reichsverfassung die Kompetenz an sich gezogen hat, volle Bewegungsfreiheit zu. Die Mittel, deren sich die Einzelstaaten bedienen können, um die Bedürfnisse des Denkmalschutzes zu decken, sind Gesetz und Verordnung. Nur wird der Weg der Verordnung dann versagen, wenn es sich um Eingriffe in das Privateigentum handelt, die die Grenzen der erlaubten »polizeilichen« Mittel überschreiten. Gerade um deswillen ist der Erlaß gesetzlicher Vorschriften der

---

[7] Zu beachten ist, daß hier das öffentliche Interesse durch den Hinweis auf die lübeckische Geschichte eine engere territoriale Abgrenzung erfährt. Auch das Oldenb. DG. nimmt in § 1 Ziffer 5 eine solche territoriale Abgrenzung vor; aber diese Begrenzung hat keine präklusive Bedeutung, sondern stellt, wie die Worte »insbesondere auch die Kunst-, Kultur- und Naturgeschichte des Großherzogtums« zeigen, nur eine als wichtiges Beispiel gewählte Hervorhebung dar. — Die Schweizer Denkmalschutzgesetze betonen gleichfalls vielfach das kantonale Interesse. So z. B. die Loi du 10. sept. 1898 sur la conservation des monuments et des objets d'art du Kanton Waadt Art. 2: »De tout ce qui peut intéresser le canton sous le rapport de l'art, de l'histoire et spécialement des antiquités.« Übereinstimmend das Ges. v. 28. Nov. 1906 für den Kanton Wallis, Art. 1. Vgl. auch hierzu Art. 1 des Ges. v. 4. Nov. 1902 für den Kanton Neuenburg: »pour le pays un intérêt historique«.

gebotene Weg[8]. Ein solches in das Privateigentum eingreifendes Landesgesetz ist auch gegen Einwendungen gesichert, die unter Berufung auf das bürgerliche Recht des Reichs erhoben werden[9]. Das BGB. selbst gibt vielmehr in seinem EG. dem Landesrecht die gesetzlichen Unterlagen für sein Vorgehen. Sie liegen im EG. Art. 109:

»Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die im öffentlichen Interesse erfolgende Entziehung, Beschädigung oder Benutzung einer Sache, Beschränkung des Eigenthums und Entziehung oder Beschränkung von Rechten . . .«

---

[8] Die gebotene gesetzliche Regelung kann auch so getroffen werden, daß das Landesgesetz nur die allgemeinen Grundsätze aufstellt und den Selbstverwaltungskörpern, insbesondere den politischen Gemeinden, das Recht überträgt, durch Statut (Ortsstatut) nähere Einzelvorschriften zu treffen. Von dieser Möglichkeit der Regelung ist in der einschlagenden deutschen Gesetzgebung häufig Gebrauch gemacht worden. Ohne Zweifel besitzt eine solche Ordnung, die auf lokale Verhältnisse eingerichtet werden kann, ihre Vorzüge. Vgl. hierzu Struckmann in Bd. I der Denkmalpflege (Oechelhäuser) 1910 S. 220 ff., Frhr. v. Biegeleben an der gleichen Stelle S. 235 und die Ausführungen a. a. O. S. 308 ff. Andererseits bestehen aber auch gegen einen solchen (— von dem kraft Gesetzes unmittelbar eintretenden Schutze verschiedenen —) »mittelbaren Schutz« Einwendungen, die nicht übersehen werden sollten. Vgl. dazu vor allem Heyer, S. 31 ff. Für die einzelnen Landesgesetze, die auf den Erlaß von Ortsstatuten verweisen, s. Preuß. G. v. 15. Juli 1907 (§ 1 enthält die kraft Gesetzes unmittelbar eintretende Regelung, während die in den §§ 2, 3, 4 enthaltene Regelung den Erlaß eines Ortsstatuts voraussetzt), Sächs. G. v. 10. März 1909 (o. II [19]), Württ. BauO. v. 28. Juli 1910 (o. II [11]), Bad. LandesbauO. (o. II [25]), Braunschweig (o. II [16]), Sachsen-Koburg-Gotha (o. II [21]), Elsaß-Lothringen (o. II [32]). Vgl. auch Mecklenburg-Schwerin (o. II [25]), Sachsen-Weimar (o. II [27]), für Hessen Bauordnung Art. 59 (vgl. dazu Frhr. v. Biegeleben a. a. O. S. 235), für Bremen Ges. v. 4. März 1909 § 3 (Besonderheit: für die Stadt Bremen durch Beschluß von Senat und Bürgerschaft, durch Ortsstatut nur für die Hafenstädte) und für Bayern die Neufassung des PolStGB. Art. 101 durch Ges. v. 6. Juli 1908 (dazu Bredt, Heimatschutz S. 82, Heyer S. 118 ff.). Als Beispiele für bekannte Ortsstatuten im Interesse der Erhaltung bayerischer Städtebilder vgl. die ortspolizeilichen Vorschriften für Nürnberg, Bamberg, Augsburg, Rothenburg o. T., München, Lindau, Schweinfurt u. a. (Nachweise bei Giesker S. 170 ff., Heyer S. 164 ff.), für Preußen s. eine Zusammenstellung bis 1909 bei F. Koch, Wichtige Ortsstatuten nach dem preuß. Verunstaltungsgesetz (Flugschrift des Bundes Heimatschutz) 1909, für Sachsen o. II [19]. — Sachsen kennt auch (abweichend von Preußen) die Herbeiführung einer Ortsvorschrift im Zwangswege (Ges. v. 10. März 1909 §§ 7, 8); vgl. hierzu H. Lieske, Die Gesetze gegen die Verunstalt. v. Stadt u. Land, eine krit. Betracht. (Berlin o. J.) S. 29. Günstiger als Lieske urteilt über die Möglichkeit einer solchen Zwangsmaßregel — m. E. mit Recht — Heyer, S. 32.

[9] Vgl. u. V.

EG. Art. 111: »Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche im öffentlichen Interesse das Eigenthum in Ansehung thatsächlicher Verfügungen beschränken.«

EG. Art. 119 Z. 1: »Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche 1. die Veräußerung eines Grundstücks beschränken[10].«

Die in Art. 109, 111 und 119 vorgesehenen Vorbehalte gestatten der Landesgesetzgebung beschränkende Vorschriften rechtlicher (EG. Art. 109, 119) wie tatsächlicher Natur (EG. Art. 111) zu treffen. Die Eingriffe in die Privatrechtssphäre im ersteren Sinne liegen in dem Enteignungsrecht des Art. 109 und in den bis zur vollen Unveräußerlichkeitserklärung gehenden Beschränkungen des Art. 119 Z. 1, die Eingriffe tatsächlicher Natur im Sinne von Art. 111 vor allem in Beschränkungen auf dem baulichen Gebiete. Dabei umfaßt der Vorbehalt der Art. 109 und 111 sowohl unbewegliche wie bewegliche Gegenstände[11]; nur Art. 119 bezieht sich ausschließlich auf Grundstücke. Keinen Unterschied begründet es bei der landesgesetzlichen Verwertung des Vorbehalts des Art. 109, in welcher äußeren gesetzlichen Verbindung ein solcher Eingriff in die Privatrechtssphäre festgelegt wird. Die Beschränkungen im Sinne der Enteignung können vielmehr ihre Festsetzung sowohl in einem eigentlichen Expropriationsgesetze erhalten, als auch einem Sondergesetz nach Art eines Forstgesetzes oder Denkmalschutzgesetzes eingegliedert werden. Auch für die Beschränkungen des Art. 111 und 119 Z. 1 ist es ohne Belang, in welcher landesgesetzlichen Verbindung sie erscheinen. Auch für sie ist die Einfügung in ein Baugesetz oder in ein Sondergesetz von der Art eines Gesetzes gegen die Verunstaltung von Stadt und Land jeder Zeit möglich. Wie weit die Landesgesetzgebung hierbei gehen darf, ist Gegenstand der Erörterung unter V. Hervorgehoben sei nur bereits an dieser Stelle, daß das EG. z. BGB. einen allgemeinen Vorbehalt zugunsten des Rechts des Denkmalschutzes nach Art des Vorbehalts der Art. 65 (Wasserrecht), 67 (Bergrecht), 69 (Jagd- und Fischereirecht) nicht ausgesprochen hat. Wäre dies der Fall, so stände den Landesgesetzgebungen unbeschränkt das Recht zu, Beschränkungen nach der rechtlichen und tatsächlichen Seite im öffentlichen wie privaten Interesse zu treffen. Wie die Dinge de

[10] Siehe hierzu auch GBO. § 83.

[11] Planck, Kommentar zum EG.³ Art. 109, Niedner, Kommentar z. EG. d. BGB. (Art. 109 und 111).

lege lata liegen, ist die Landesgesetzgebung bei Beschränkungen der Privatrechtssphäre an die Grenzen gebunden, die in Art. 109, 111 und 119 Z. 1 EG. gegeben sind.

V. Beschränkung des Eigentums.

1. Im allgemeinen.

Die am Ende unserer Ausführungen in Abschnitt IV hervorgehobene Frage des Eingriffs in Privateigentum ist für die Entwicklung des Denkmalrechts von jeher die Kardinalfrage gewesen. In Italien scheiterten acht Gesetzentwürfe, beginnend mit der Vorlage des Ministeriums Cesare Correnti (1872), wesentlich an dem Widerstande des Privateigentums; erst die zu stärkeren Konzessionen bereite Vorlage des Ministeriums Nasi (1902) wurde Gesetz[1]. Auch in Deutschland fehlt es hierfür nicht an Belegen. Ziehen wir jedoch den Durchschnitt, so darf festgestellt werden, daß sich die öffentliche Meinung und, getragen von ihr, die Gesetzgebung mehr und mehr entschlossen auf den Standpunkt stellt, daß »ohne Beschränkung des Privateigentums, ohne Beschränkung der Interessen des Verkehrs, der Arbeit, der individuellen Nützlichkeitsmotive« ein Denkmalschutz nicht durchführbar ist[2]. Als bezeichnender Beleg sei nur auf die Begründung des braunschweigischen Gesetzes vom 1. Februar 1911 verwiesen:

> »Daß ein Denkmalgesetz, wie immer es lauten mag, erhebliche Beschränkungen des Privateigentums im Gefolge hat, liegt auf der Hand; es muß aber in diesem Falle das Privateigentum hinter dem öffentlichen Interesse zurücktreten und von dem Gedanken ausgegangen werden, daß die Bau- und Naturdenkmäler eines Landes gleichsam der Gesamtheit angehören[3].«

---

[1] Wieland, Denkmal- und Heimatschutz, S. 7, Giesker, S. 141 u. o. III[4].

[2] Worte aus der Rede G. G. Dehio's am 27. Januar 1905 (Straßburg 1905), S. 13.

[3] Vgl. die Begründung in Anl. 153 der braunschweig. Landtagsverh. 1910, S. 8. Siehe auch Stenogr. Ber. d. preuß. AbgH. 1912/1913 Bd. 11 Sp. 15045. — Ein interessanter Versuch, den Schutz eines Baudenkmals auf vertragsmäßigem Wege herbeizuführen, ist in Baden gemacht worden. Der großh. Landesfiskus (Unterrichtsverwaltung) hatte zum Zwecke der Wiederherstellung eines geschichtlich bedeutsamen Gebäudes einen namhaften Geldbeitrag gewährt und sich als Gegenleistung von dem Eigentümer des Gebäudes eine persönliche Dienstbarkeit einräumen lassen. Den Inhalt dieser Dienstbarkeit bildete, daß ohne Genehmigung der Unterrichtsverwaltung an dem wiederhergestellten Gebäude keine Veränderung vorgenommen

Praktisch durchgeführt ist allerdings bisher dieser programmatische Standpunkt dem Privateigentümer gegenüber für die von uns o. S. 158 unterschiedenen drei Gruppen nicht in gleichem Maße. Als ausgeschlossen muß die Herbeiführung eines Schutzes im Interesse der dritten unserer Gruppen erscheinen, wenn man vor Eingriffen in das Privateigentum zurückschrecken wollte. Bei Ortschaften wird stets, bei landschaftlich hervorragenden Gegenden der Regel nach — wenn es sich nicht um ausgedehnten, vor allem um geschlossenen Staatsbesitz, handelt — die Eigentumssphäre Privater in Frage kommen. Die Gesetze gegen die Verunstaltung von Stadt und Land bestehen deshalb auch wesentlich aus Vorschriften, die neben dem Verbot verunstaltender Reklame die Ausführung privater Bauten überwachen und gegebenen Falls beschränken[4]. Von Baudenkmälern wird sich nur ein Teil im Eigentum des Staates befinden. Ein großer Teil ist Eigentum der Kirchen, der Gemeinden oder anderer öffentlicher Korporationen, ein Teil (in Städten wie Nürnberg, Augsburg, Hildesheim nicht der kleinste) Eigentum von natürlichen oder juristischen Personen des bürgerlichen Rechts[5]. Gerade an diesem Punkte hat die Denkmalschutzgesetzgebung in Deutschland am frühesten aus kunst- und kulturgeschichtlichem Interesse eingesetzt und Beschränkungen vorgeschrieben, durch die dem privaten Eigentümer die freie Disposition entzogen wird[6].

Schon an anderer Stelle wurde darauf hingewiesen, daß die bisherige Schutzgesetzgebung sich am zurückhaltendsten gegenüber Naturdenkmälern

---

werden dürfe, durch welche der Bestand des Hauses oder sein künstlerischer Wert berührt würde. Das Grundbuchamt hatte die Eintragung mit der Begründung abgelehnt, daß die in Frage stehende Belastung keinen wirtschaftlichen Vorteil für die Unterrichtsverwaltung gewähre und deshalb nach §§ 1019, 1090 BGB. nicht den Inhalt einer Dienstbarkeit bilden könne. Auf erhobene Beschwerde hat das Landgericht — m. E. mit zutreffender Begründung — die Eintragung angeordnet. Den Abdruck der Entscheid. v. 10. Mai 1908 s. in der Bad. Rechtspraxis 10. Jahrg. 1908 S. 234 ff.

[4] Vgl. o. III, 3 bei Anm. 32 ff.

[5] Auch unsere Burgen und Schlösser stehen zum großen Teil im Privateigentum.

[6] Gegenströmungen jedoch auch hier in den Kommissionsverhandlungen über den Lüb. DG. E. 1911 (Ber. 1912 Nr. XXXIII S. 2); auch die 2. Kommission, die sich entgegenkommender geäußert hat (Ber. 1913 Nr. XXIX S. 2 fg.), will Bauteile im Innern eines Privathauses (wie Treppen- oder Dielenanlagen) ausnehmen. S. u. Anm. 10.

und vor allem gegenüber beweglichen Denkmälern jeder Art (kunstgeschichtlichen wie naturgeschichtlichen) verhalte. Die unbeweglichen Naturdenkmäler werden ohne Zweifel in vielen Fällen durch den gesetzlichen Schutz im Sinne unserer dritten Gruppe gesichert[7]. Dagegen versagen die Schutzmittel der dritten Gruppe, sobald bewegliche Naturdenkmäler in Betracht kommen. Ausgesprochenermaßen[8] liegt der Grund für dieses Zurücktreten der beweglichen Denkmäler in der Scheu vor Eingriffen in das Privateigentum, das hier am stärksten beteiligt ist. Die einzige deutsche Gesetzgebung, die hier lückenlos vorgegangen ist, ist das Oldenb. DG. vom 15. Mai 1910. Es macht seine Anwendung nicht von der Vorfrage abhängig, wem das Eigentum zusteht, und gibt damit (verbunden mit dem o. S. 162 zitierten eingehenden Katalog) seinen Vorschriften für die im Privateigentum befindlichen Gegenstände die weitestgehende Wirkung. Hinter diesem weitgedehnten Kreise tritt das Hess. DG. dadurch zurück, daß es bewegliche Gegenstände nur ergreift, »soweit sie sich im Besitz von Gemeinden, Kirchen, Religionsgemeinden oder öffentlichen Stiftungen befinden« (Art. 3)[9]. Diesen Kreis hat auch bisher kein späteres Gesetz — außer dem Oldenb. DG. — überschritten. Jedenfalls ist der Versuch des Lübecker Entwurfs von 1911, dem Oldenburger Vorbilde in der Erfassung des Privateigentums zu folgen, bisher nicht geglückt[10]. Das Württ. DG., Entwurf von 1914, hat sich von

---

[7] Vgl. hierzu o. III [30].

[8] Stenogr. Ber. des preuß. Herrenh. 1912/1913 Sp. 1563, Begründ. z. Württ. DG. E. 1914 S. 120, auch Verh. der Lüb. Kommission an dem in Anm. 6 a. O.

[9] Für die Behandlung der Ausgrabungs- oder Gelegenheitsfunde s. Art. 25, 26; über die Eigentumsverhältnisse an ihnen entscheiden die allgemeinen Grundsätze des BGB. (insbesondere § 984). Unten V [24]. — Den Standpunkt des Oldenb. DG. im Hinblick auf das Privateigentum siehe in der Begründ. z. E. d. DG. (o. II [3]) S. 10. Der Bad. DG. E. 1884 stellt in § 4 seine Beschränkungen für »unbewegliche Denkmäler jeder Art« (»auch wenn sie im unbeschränkten Privateigentum stehen«) auf. In Hinblick auf bewegliche Denkmäler stimmt der Bad. E. mit dem von dem Hess. DG. eingenommenen Standpunkt überein (vgl. Bad. E. § 9).

[10] Vgl. dazu den in Anm. 6 zitierten 2. Kommissionsbericht. Das Ergebnis der Verhandlungen der 2. Kommission ist, daß bewegliche Gegenstände, die sich im Privatbesitz natürlicher Personen befinden, den Beschränkungen des Denkmalschutzgesetzes völlig entzogen werden sollen. Anders steht es dagegen bei unbeweglichen, im Privatbesitz natürlicher Personen befindlichen Gegenständen (s. jedoch die Einschränkung in Anm. 6). Denkmalschutz soll ferner für unbewegliche und bewegliche Gegenstände gelten, sobald eine juristische Person in Betracht kommt.

Anfang an dem Privateigentum gegenüber große — m. E. eine zu große — Zurückhaltung auferlegt; seine Vorschläge beschränken sich »auf die beweglichen Denkmäler in öffentlichem Besitz sowie auf die Ausgrabungs- und gelegentlichen Altertümerfunde«. Auch in anderen Territorien wird die Privatrechtssphäre im Hinblick auf bewegliche Gegenstände nur ergriffen, sofern (wie in Preußen und Bayern) Sondervorschriften über Ausgrabungen und Gelegenheitsfunde getroffen sind.

Nach der persönlichen Auffassung des Verfassers muß die Zukunft der Entwicklung unseres Denkmalschutzes auf eine stärkere Einengung des unbegrenzten Verfügungsrechts des Privateigentümers gerichtet sein. Ohne eine solche tiefergreifende Beschränkung, vor allem des Eigentümers beweglicher Gegenstände, wird sich ein wirksamer nationaler Denkmalschutz nicht durchführen lassen [11].

2. Die Beschränkungen im einzelnen.

Wenn der wichtigste Zweck eines Denkmalschutzgesetzes »Erhaltung im öffentlichen Interesse« ist, so müssen seine Eingriffe in die fremde Privatrechtssphäre in erster Linie als Verbote völliger oder teilweiser Beseitigung, Wiederherstellung oder sonstiger Veränderung [12] erscheinen.

---

[11] Siehe die Ausführungen V, 2 a. E.

[12] Z. B. Hess. DG. Art. 1, 3, Oldenb. DG. §§ 1, 13, Württ. DG. E. 1914, Art. 2, Bad. DG. E. 1884 § 4, Lüb. DG. E. 1911 §§ 3, 5. Stintzing, S. 47 ff. Für Naturdenkmäler vgl. Hess. DG. Art. 34, Oldenb. DG. § 11. Vor allem ist es dringend notwendig, daß in denjenigen Staaten, in denen [wie z. B. in Sachsen (vgl. Adolph a. a. O., S. 62) oder Baden (Heyer, S. 128)] nach der bisherigen Lage der Gesetzgebung die Zerstörung eines Denkmals nicht gehindert werden kann, zwingende Vorschriften getroffen werden. Als Beleg für die Fälle des Schutzes gegen Verunstaltung vgl. Preuß. G. v. 15. Juli 1907 § 2, wonach (bei Vorhandensein eines Ortsstatuts) »die baupolizeiliche Genehmigung zur Ausführung von Bauten und baulichen Änderungen zu versagen ist, wenn dadurch die Eigenart des Orts- oder Straßenbildes beeinträchtigt werden würde«. Unter der gleichen Voraussetzung der Beeinträchtigung kann bestimmt werden, »daß die baupolizeiliche Genehmigung zur Ausführung baulicher Änderungen an einzelnen Bauwerken von geschichtlicher oder künstlerischer Bedeutung . . . zu versagen ist«. Entsprechende Vorschriften enthalten die o. III bei Anm. 36 und 37 zitierten Einzelquellen. Unter die tatsächlichen Beschränkungen gehört auch das Verbot der Anbringung verunstaltender »Reklameschilder und sonstiger Aufschriften und Abbildungen« (s. z. B. Preuß. G. v. 2. Juni 1902, Preuß. G. v. 15. Juli 1907 § 3, Sächs. G. v. 10. März 1909 § 1, Oldenb. G. v. 11. Januar 1910 § 3, Braunschw. G. v. 1. Febr. 1911 § 3, Hamb. BaupflG. v. 3. April 1902 § 2, Lüb. BauO. v. 25. Mai 1905 § 64, Anh. BauO. v. 19. Januar 1905 § 64, Mecklenb.-Schw. BaupolO. v. 27. Dez. 1911

Mit Recht hat Ad. Wach bei der Beratung des Sächs. G. vom 10. März 1909 erklärt: »Das Negative und nicht das Positive ist der Zweck des Gesetzes«[13]. Bei diesen Verboten handelt es sich um Beschränkungen tatsächlicher Natur, um Beschränkungen, welche Ausnahmen von der Bestimmung des § 903 BGB. zulassen und der Landesgesetzgebung durch Art. 111 ausdrücklich vorbehalten sind. Für bewegliche Gegenstände speziell besteht im Oldenb. DG. und im Lüb. DG.E. 1911 das einschneidende Verbot einer Ausfuhr aus den engeren Landesgrenzen. Auch dieses Verbot fällt unter DG. Art. 111, denn es handelt sich dabei, wie der Lübecker Entwurf es ausdrückt, um ein bloßes »Entfernen aus dem Staatsgebiet«, nicht um den Übergang an einen neuen Eigentümer auf dem Wege des Rechtsgeschäfts. Unter Art. 111 fallen ferner die dem Eigentümer eines Denkmals auferlegten Pflichten positiver Art, vor allem die Unterhaltspflicht, d. h. die Pflicht, das Denkmal vor Verfall, Untergang oder Verlust zu bewahren[14]. Weiter gehört hierher die über die bloße Unterhaltspflicht hinausgehende Fürsorgepflicht im Sinne des Art. 21 des Hess. DG. Hier begnügt sich das Gesetz nicht nur damit, einer Gemeinde als Eigentümerin die ordnungsgemäße Erhaltung eines Baudenkmals oder beweglichen Denkmals anzusinnen. Dieses Ansinnen der aufsichtsführenden Behörde kann vielmehr auf Wiederherstellung[15] sowie (bei einem Baudenkmal) auf eine aus künstlerischen oder geschichtlichen Rücksichten gebotene Freilegung gerichtet werden. Zu den tatsächlichen Beschränkungen im Sinne des Art. 111 ist endlich die akzessorisch erscheinende Anzeigepflicht des Eigentümers eines Denkmals, der eine Veränderung oder ähnliches vornehmen will, oder desjenigen, der eine Ausgrabung beabsichtigt bzw. einen Gelegenheitsfund macht, zu rechnen[16]; ebenso die gleichfalls akzessorisch auf-

---

§ 47, auch o. III[35]). Die Pflicht, bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits vorhandene Reklameschilder nachträglich auf Anordnung zu entfernen (vgl. Hess. DG. Art. 35 Abs. 1, Sachsen-Koburg-Gotha [o. II[21]] § 8 Abs. 2), fällt unter die o. im weiteren Text erwähnten Pflichten positiver Art.

[13] Verh. d. I. sächs. K., 44. Sitzung v. 12. Mai 1908.

[14] Oldenb. DG. § 18 Abs. 1 (entnommen dem Hess. DG. Art. 21 Abs. 1): »Gemeinde- und sonstige Kommunalverbände, denen die Verfügung über ein Denkmal zusteht, sind verpflichtet, für die ordnungsmäßige Unterhaltung ... Sorge zu tragen«.

[15] So auch Oldenb. DG. § 18.

[16] Z. B. Hess. DG. Art. 15 ff., 25, 26, Oldenb. DG. §§ 21, 22, Bayer. AusgrE. § 2, Preuß. AusgrabG. § 5, Lüb. DG. E. 1911 §§ 13, 14, Württ. DG. E. 1914 Art. 5. So auch bereits der Bad. DG. E. 1884 § 13.

tretende Duldungspflicht, die dem Kontrollbeamten des Denkmalschutzes das Recht einräumt, Einsicht in den Stand des unter Denkmalschutz gestellten Gegenstandes zu nehmen[17]. Alle die obengenannten Pflichten sind nur die Hauptfälle. Die geltenden Bestimmungen enthalten mancherlei Ausgestaltungen und Kombinationen; so z. B. neben der Anzeigepflicht desjenigen, der bei Grabungen ein bewegliches oder unbewegliches Denkmal findet, die Pflicht, die Arbeit für eine bestimmte Zeit einzustellen[18], »den entdeckten Gegenstand und die Entdeckungsstätte in unverändertem Zustande zu erhalten«[19] oder »bei der Ausführung der Arbeiten wie bei der vorläufigen Behandlung und Sicherung der aufgefundenen Denkmale den Verfügungen der zuständigen Behörde nachzukommen«[20].

Zu dieser Beschränkung tatsächlicher Natur treten als Beschränkung der rechtlichen Verfügungsmacht das an den Eigentümer gerichtete Gebot, zu einer Veräußerung die staatliche Genehmigung einzuholen und, als denkbar schärfster Eingriff, die Enteignung.

Folgen wir hierbei der Ordnung des EG. z. BGB., so gewährt Art. 109 die Unterlage für die landesgesetzliche Regelung der Enteignung. Die

---

[17] Beispielsweise Hess. DG. Art. 29 (vgl. auch Art. 20, 24), Oldenb. DG. § 25, Lüb. DG.E. 1911 § 17. Jos. Kohler fordert sogar DJZ. 1904 Sp. 775 die gesetzliche Festlegung der Verpflichtung des Eigentümers, jedermann mindestens an gewissen wiederkehrenden Tagen gegen mäßiges Eintrittsgeld die Besichtigung zu gewähren (»natürlich unter den Vorsichtsmaßregeln, die auch bei Verwaltung von Museen geboten sind«). Kohlers Vorschlag ist ideal gedacht und erscheint in Hinblick auf Beispiele, wie sie K. für Italien anführt, nicht so fernliegend, als er vielen klingen wird. Es ist aber m. E. nicht leicht, ihm das Wort zu reden, weil er ja nicht nur die im Besitz eines Privatmanns befindlichen Gegenstände selbst trifft, sondern in den meisten Fällen viel tiefer in seine übrige Privatrechtssphäre, vor allem in die Ruhe und Ordnung seines Hauswesens eingreift. Er wird deshalb — abgesehen von der Schwierigkeit praktischer Durchführung — bei der Interessenabwägung (vgl. u. VI, I) an der Härte des Eingriffs scheitern. Sollte eine Gesetzgebung je an die Verwirklichung der Kohlerschen Forderung denken, so könnte es sich nur um ganz hervorragende Einzelstücke oder um Fälle handeln, in denen (wie bei Privatsammlungen in Schlössern u. a.) die angedeuteten Härten nicht ohne weiteres der praktischen Durchführung entgegenständen. Ablehnend Giesker, S. 56 ff., nur bedingt zustimmend (nach Art der vorstehenden Ausführungen) Heyer, S. 184.

[18] Hess. DG. Art. 26 Abs. 2, Oldenb. DG. § 22, Lüb. DG.E. 1911 § 14, Württ. DG.E. 1914 Art. 5.

[19] Preuß. AusgrabG § 6 Abs. 1. Vgl. auch bayer. AusgrabG. § 2 Abs. 2.

[20] Württ. DG.E. 1914 Art. 4 Abs. 4.

Denkmalschutzgesetze Deutschlands machen — wenn wir dabei ihre Gesamtzahl unter II zugrunde legen — von der zwangsweisen Entziehung des Eigentums nicht so oft Gebrauch, als man annehmen könnte. Die Erklärung hierfür liegt nicht fern. Bestimmend ist einmal die berechtigte Scheu vor der ultima ratio einer Enteignung, wenn sich das erstrebte Schutzziel auf anderem Wege erreichen läßt; letzteres ist in der Tat bei unbeweglichen Denkmälern in der Mehrzahl der Fälle durch Maßnahmen im Sinne des Art. 111 EG. möglich. Weiter aber scheut der Staat die finanziellen Opfer, die eine Expropriation für ihn im Gefolge hat. Es gibt jedoch für die wirksame Durchführung eines organisierten Denkmalschutzes Fälle, in denen das Mittel der Enteignung unentbehrlich ist. Das ist, um die Worte des Hess. DG. Art. 19[21] zu gebrauchen, der Fall, wenn ein solches Vorgehen erforderlich ist:

---

[21] Es handelt sich bei den im Text zitierten Stellen des Art. 19 nicht um eine Entziehung des Eigentums, sondern nur um eine Beschränkung im Wege der Enteignung (s. Wagner, Handausgabe des Hess. DG. S. 40). Vgl. für die Frage der Enteignung F. W. Bredt, Denkmalschutz im Wege der Enteignung; ein Beitrag zur Denkmalpflege unter besonderer Berücksichtigung des Reichslandes (Straßburg 1905), Stintzing, S. 22 fg., Giesker, S. 63 ff. In den folgenden Ausführungen des Textes werden diejenigen Landesgesetze genannt, die im sondergesetzlichen Zusammenhange des Denkmalschutzes Bestimmungen über Enteignung treffen. Die Enteignung steht jedoch als letztes Mittel auch ohne ein solches Sondergesetz dort zur Verfügung, wo nach den Vorschriften der allgemeinen Enteignungsgesetze als Voraussetzung nur ein »öffentliches Interesse« oder ein »öffentlicher Nutzen« verlangt wird. Vgl. u. a. für Preußen Enteignungsgesetz v. 11. Juni 1874 und dazu Lezius, S. 15 Anm. 1, Bredt a. a. O. S. 13, Heyer, S. 106 (Enteignungen im Interesse des Denkmalschutzes sind z. B. erfolgt beim Danewerk in Schleswig, zur Erhaltung der Oldenburg, der Kirche Wang bei Brückenberg im Riesengebirge, der Umgebung der Marienburg, des Siebengebirges) — für Sachsen Enteignungsgesetz v. 24. Juni 1902 (GesVBl. S. 153 »für ein dem öffentlichen Nutzen gewidmetes Unternehmen«) —, für Elsaß-Lothringen französ. Enteignungsgesetz v. 3. Febr. 1841 (Bredt a. a. O. S. 4, vgl. die Hinweise auf die in Frankreich auf der Grundlage dieses Gesetzes erfolgten Enteignungen zugunsten der Theater von Arles und Orange bei Bredt, S. 9). In Staaten, die in ihren Enteignungsgesetzen das System der Spezialnumeration besitzen, würde (ohne Nennung der Denkmalpflege unter den Enteignungsgründen) das allgemeine Enteignungsgesetz versagen (vgl. das bayer. Gesetz, die Zwangsabtretung von Grundeigentum zu öffentl. Zwecken betreff., v. 17. Nov. 1837). — Auch dort, wo die allgemeinen Enteignungsgesetze bereits die Möglichkeit einer Expropriation für unsere Fälle bieten, empfiehlt es sich, in Verbindung mit Bestimmungen des Denkmalschutzes diese Möglichkeit nochmals besonders auszusprechen. So auch Heyer, S. 181.

1. »Zum Zwecke der Erhaltung eines Baudenkmals, dessen Unterhaltung oder Sicherung in einer seinen Bestand oder die Erhaltung wesentlicher Teile gefährdenden Weise vernachlässigt wird;
2. zum Zwecke einer durch künstlerische oder geschichtliche Rücksichten gebotenen Freilegung eines Baudenkmals, sofern nicht derselben überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.«

Art. 30 a. a. O. fügt als dritten Fall hinzu: die Enteignung »zum Zwecke der Ausführung von Ausgrabungen nach unbeweglichen oder beweglichen, vermutlich in einem Grundstück verborgenen Gegenständen von kulturgeschichtlicher oder sonst geschichtlicher Bedeutung, welche durch Grabungen oder sonst in ihrem Tatbestande gefährdet sind, oder bezüglich welcher der Verfügungsberechtigte eine sachgemäße Ausgrabung ohne wichtige Gründe weder vorzunehmen noch zuzulassen gewillt ist.«

Das Oldenb. DG. § 24 und der Lüb. DG.E. §§ 11 und 18 haben sich diesem Vorgehen Hessens fast wortgetreu angeschlossen; auch das Braunschw. Ges. vom 1. Februar 1911 § 7 stellt in sachlich etwas engeren Grenzen ein solches staatliches Enteignungsrecht im öffentlichen Interesse auf. Hessen, Oldenburg und Lübeck stimmen aber überdies in Verbindung mit der Frage der Enteignung noch in einem anderen Punkte eng miteinander überein: Sie gewähren bei Versagung der erbetenen Genehmigung (Hess. DG. Art. 14 Abs. 2, Oldenb. DG. § 17 Abs. 2, Lüb. DG.E. § 10 Abs. 2) sowie in den Fällen des Hess. DG. Art. 14 und 30[22] dem Eigentümer das Recht, die Übernahme des Eigentums durch den Staat zu verlangen. Alle drei Staaten erkennen damit, wie Grünhut und Layer es ausdrücken, einen »Anspruch des Eigentümers auf Expropriation« an[23]. Einen solchen Anspruch dem Staate gegenüber räumen Oldenb. DG. § 17 Abs. 2 und Lüb. DG.E. § 10 auch dem Eigentümer beweglicher Gegenstände ein, dem die erbetene Genehmigung versagt wird. Betrachtet man die letztgedachten Fälle genau, so liegt

---

[22] Übereinstimmend Oldenb. DG. § 24 Abs. 2, Lüb. DG.E. § 11 Abs. 2, § 18 Abs. 2. Für das hessische Recht vgl. W. Koppetsch. Das hess. Denkmalschutzges. v. 16. Juli 1902 u. seine Eingriffe in die bürgerlichrechtl. Eigentumsrechte (Jenaer Diss. 1902).

[23] C. Grünhut, Das Enteignungsrecht (Wien 1873), S. 230 fg., Layer, Prinzipien des Enteignungsrechts (Staats- u. völkerrechtl. Abhandlungen, herausgeg. von Jellinek und Anschütz, Leipzig 1902), S. 443 ff.

in diesem Anspruche des Eigentümers auf Übernahme durch den Staat kein eigentlicher Fall der Expropriation vor. Der Eigentümer selbst ist es ja, der die Übertragung seines Eigentums wünscht und den Staat zur Übernahme nötigt.

Fälle des mit dem Enteignungsrechte nahe verwandten Aneignungsrechts des Staates kommen bei beweglichen Gegenständen des Denkmalrechts in der bisherigen deutschen Gesetzgebung nur in Verbindung mit Ausgrabungen und Gelegenheitsfunden vor. Die Zahl der Beispiele dafür ist noch gering. Weder das Hess. DG. noch das Oldenb. DG. haben hier den entscheidenden Schritt getan und die Möglichkeit der Enteignung anerkannt[24]. Es ist als ein wichtiger Fortschritt zu betrachten, daß das Preuß. AusgrabG. § 8 Abs. 1 die Bestimmung trifft:

> »Ein bei einer Ausgrabung oder gelegentlich in oder auf einem Grundstück entdeckter Gegenstand der in §§ 1 und 4 bezeichneten Art ist nach näherer Bestimmung der §§ 9 und 10 auf Verlangen gegen Entschädigung abzuliefern[25].«

Allerdings ist die Ablieferungspflicht daran gebunden, daß Tatsachen vorliegen, nach denen zu besorgen ist, daß der Gegenstand wesentlich verschlechtert werden wird oder daß er der inländischen Denkmalpflege oder Wissenschaft verloren geht (§ 9).

Auch der neueste Entwurf des Württ. DG.E. 1914 hat erfreulicherweise diese Aneignungsmöglichkeit anerkannt. Seine Anknüpfung an den Schatzbegriff des BGB. § 984 gibt der Bestimmung in Art. 8 eine feste Unterlage. Hinausgegangen über Preußen ist Württemberg dadurch, daß es eine Beschränkung im Sinne des § 9 des Preuß. AusgrabG. nicht anerkennt, sondern der Aufsichtsbehörde das volle freie Recht der Entschließung überläßt. Es ist diese etwas schärfere Tonart m. E. zu billigen, weil damit manche Schwierigkeiten, die bei der preußischen Vorschrift kaum zu vermeiden sind, von vornherein ferngehalten werden[26].

---

[24] Siehe oben V [9].

[25] Vgl. Begründ. z. Entwurf 1914 a. a. O. S. 10 (o. II [2]), auch Planck zu EG. Art. 109 Anm. 1 Abs. 3. Es ist damit das Ziel erreicht, das M. Pappenheim bereits 1904 (Verh. d. 27. DJT. Bd. 2, Gutachten S. 22) vorgezeichnet und empfohlen hat. S. auch an der gleichen Stelle S. 26 das Gutachten von P. Clemen.

[26] Man denke dabei an eine baldige nachträgliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse, mit denen § 9 des Preuß. AusgrabG. rechnet. Wie schwer ist in

Schwieriger ist die Beantwortung der weiteren Frage, in welchem Umfange das Landesrecht einen Schutz durch Veräußerungsverbote auszuüben vermag. In Hinblick auf unbewegliche Gegenstände ist die Antwort rasch zu geben. Sie liegt in EG. z. BGB. Art. 119 Z. 1[27]. Darf die gleiche Veräußerungsbeschränkung für bewegliche Gegenstände landesgesetzlich ausgesprochen werden[28]? Keine Hilfe kann hierfür EG. Art. 111 gewähren, da er nur Beschränkungen »in Ansehung tatsächlicher Verfügungen« aufrecht erhält. Eine landesgesetzliche Veräußerungsbeschränkung könnte deshalb nur auf EG. Art. 109 gestützt werden. Nun lautete EG. Art. 109 in E. I anders als in seiner heutigen Gestalt. E. I Art. 42 Abs. 1 (die Grundlage des heutigen Art. 109 EG.) bestimmte lediglich: »Unberührt bleiben die Vorschriften der Landesgesetze über die Zwangsenteignung«. Seine erweiterte Fassung erhielt der jetzige Art. 109 unter Berücksichtigung einer württembergischen Anregung[29]. An die Stelle des Ausdrucks »Zwangsenteignung« sind die Worte »Entziehung, Beschädigung oder Benutzung einer Sache, Beschränkung des Eigenthums und Entziehung oder Beschränkung der Rechte« getreten. Wäre der Ausdruck des E. I »Zwangsenteignung« stehen geblieben, so könnte man bei enger Auslegung zweifeln, ob Veräußerungsbeschränkungen, wie sie das Oldenb. DG. § 13 enthält, darunter gestellt werden dürfen. Gegenüber der erweiterten Fassung schwindet jedoch m. E. ein solcher Zweifel. Unter diese Fassung fällt vielmehr auch eine im öffentlichen Interesse getroffene Minderung des freien Rechts zur Veräußerung beweglicher Gegenstände[30]. Es liegt in

solchen Fällen, auch wenn sich die Aufsichtsbehörde durch Kautelen gedeckt hat, eine etwaige Kontrolle.

[27] Art. 119 Z. 1 räumt der Landesgesetzgebung ganz allgemein das Recht ein, die Veräußerung eines Grundstücks zu beschränken (aus welchem Grunde diese Beschränkung erfolgt, ist ohne Belang). Belege s. z. B. im Hess. DG. Art. 1 Abs. 1, Oldenb. DG. § 9, für Preußen Heyer, S. 105. Die Nichtbeobachtung dieser Vorschriften würde unter § 134 BGB. fallen. Verfügungsbeschränkungen rechtlicher Natur enthielt auch bereits der Bad. DG.E. 1884 § 9; § 9 Satz 2 bezeichnete die unter Nichtachtung der erforderlichen Genehmigung abgeschlossenen Verträge ausdrücklich als nichtig.

[28] Wieland a. a. O. S. 46 Anm. 1 betrachtet die Antwort auf diese Frage als zweifelhaft. Bejahend Giesker, S. 151; auch J. Kohler, DJZ. 1904 Sp. 776 weist auf EG. Art. 109 ohne Einschränkung hin.

[29] Prot. II Bd. VI S. 471, 610.

[30] Dafür, daß sich EG. Art. 109 auch auf bewegliche Gegenstände bezieht, s. o. IV[11]. Vgl. dazu ferner Motive zum EG. S. 162: »Ein solches Eingreifen ist

einer derartigen Beschränkung keine allgemeine Außerverkehrssetzung der betreffenden Sache; für eine solche ist dem Landesrecht kein Raum gelassen[31]. Der Staat nimmt vielmehr nur für sich das Recht in Anspruch, bei der Veräußerung von Gegenständen, an deren Erhaltung in ihren bisherigen Verhältnissen ein öffentliches Interesse besteht, die Einholung der Genehmigung des Staates als Vertreters des öffentlichen Interesses zu fordern. Die Bestimmung des Oldenb. DG. § 13 Abs. 1

»Bewegliche Denkmäler, die den Schutz dieses Gesetzes genießen (§ 1), dürfen ohne Genehmigung der Denkmalschutzbehörde weder ganz oder zum Teil . . . . veräußert . . . werden«

ist deshalb für zulässig und gültig anzusehen. Denkbar wäre eine Bekämpfung dieser Ansichten mit dem Hinweise darauf, daß durch die Landesgesetzgebung die rechtliche Verfügungsmacht des Eigentümers nur im Rahmen der Art. 113, 115—117, 119 beschränkt werden dürfe. Durchschlagend würde jedoch dieser Einwand nach dem soeben Vorgetragenen nicht sein. Vor allem würde eine solche Ansicht dem »im weitesten Sinne auszulegenden Vorbehalte« des Art. 109 mit seinen mannigfaltig abgestuften Fällen nicht gerecht[32].

Sind somit der Landesgesetzgebung für die Gebiete des Denkmalschutzes durch die eben besprochenen Artikel des EG. hinreichende gesetzliche Mittel in die Hand gegeben, so bedarf es auch nicht des Rufes nach Schaffung eines allgemeinen Vorbehaltes im Sinne der Art. 65, 67, 69 EG., um der Ausgestaltung des Denkmalschutzes freie Bahn zu schaffen. Auf dem Gebiete der beweglichen Denkmäler ist nach dem

---

nicht bloß in Ansehung des dinglichen Rechtsverhältnisses der Grundstücke denkbar. Auch andere Vermögensgegenstände, insbesondere bewegliche Sachen, können durch die Enteignungswirkung berührt werden.«

[31] Motive zum EG. S. 165, auch Staudinger zum EG. Art. 111 Anm. 2b und Begründung z. Württ. DG.E. 1914 S. 120 (Württemberg operiert deshalb auch in Art. 2 Abs. 1 gegenüber bürgerlichen oder kirchlichen Gemeinden und öffentlichen Stiftungen mit der Forderung, die Genehmigung der aufsichtführenden Behörden einzuholen). — Zur Frage des Verbots des Eigentumserwerbs an beweglichen Denkmälern vgl. Giesker, S. 72 ff.

[32] Planck zu EG. Art. 109 Anm. 1 Abs. 2. Vgl. auch a. a. O. die Beispiele bei Planck, vor allem das Beispiel des gesetzlich festgelegten unentgeltlichen Überganges von Drucksachen auf den Amtsnachfolger eines Notars. Für die oben im Text aufgeworfene und durch eine über Art. 113 ff. hinausgehende Interpretation des Art. 109 beantwortete Frage darf auch nicht übersehen werden, daß es sich bei Art. 109 um Beschränkungen im öffentlichen Interesse handelt, — ein Moment, das bei Art. 113, 115—117, 119 fehlt.

Vorbilde, das Preußen in seinem neuen AusgrabG. gegeben hat, eine baldige Nachfolge anderer deutschen Staaten zu hoffen. Zu wünschen ist aber darüber hinausgehend auch eine Nachfolge für den eben zitierten § 13 des Oldenb. DG. Vielleicht findet dieser Wunsch für bewegliche im Privateigentum befindliche Denkmäler eher Erfüllung, wenn man die Grenzen territorial weiter zieht, als dies Oldenburg getan hat, und an die Stelle der Landesgrenze die Grenzen des deutschen Reiches setzt. Die grundsätzliche Berechtigung des Wunsches nach einer Beschränkung des freien Veräußerungs- bzw. Ausfuhrrechts werden diejenigen anerkennen, die das Schicksal so manches unersetzbaren Stückes verfolgen, und die wissen, wie viel uns in jedem Jahre unwiederbringlich an das Ausland verloren geht! Es ist nicht ohne Bedeutung, daß in der Beratung des Preuß. AusgrabG. im gleichen Sinne Wünsche laut geworden sind[33].

3. Die Klassierung.

Zieht man, wie es die vorangehenden Ausführungen zeigen, innerhalb der deutschen Denkmalschutzgesetzgebung auch das private Eigentum mehr und mehr in den Gesetzesbereich hinein, so wird man mit Recht eine sichere Kennzeichnung derjenigen Gegenstände fordern, die den Beschränkungen des betreffenden Schutzgesetzes unterliegen sollen. Begriffsbestimmungen, wonach als »Baudenkmäler« zu betrachten seien alle Bauwerke, »deren Erhaltung wegen ihrer kunstgeschichtlichen oder sonst geschichtlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt«, liefern doch nur allgemeine Hinweise. Das Gleiche gilt von den Begriffsbestimmungen beweglicher Denkmäler vorgeschichtlicher Bedeutung oder von Naturdenkmälern, wie sie die o. unter II und III angeführten Belege bieten. Es kann nicht von Jedermann (auch nicht von dem Gebildeten, geschweige dem Ungebildeten) volles sachverständiges Unterscheidungs-

---

[33] Vgl. z. B. Stenogr. Ber. d. Herrenh. 1912/1913 Bd. II Sp. 1593 (Fürst zu Salm-Horstmar), Stenogr. Ber. d. AbgH. 1914 Sp. 3285 (Abg. Linz) u. a. Bezeichnend sind für die in breiteren Kreisen sich mehr und mehr geltend machenden Anschauungen auch die Verhandlungen im preuß. Abgeordnetenhause über den Begriff »des gemeinen Wertes« gegenüber Auslandsgeboten (vgl. a. a. O. Sp. 3283 ff.). Das preuß. AusgrabG. bestimmt in § 8 Abs. 3 Satz 2 ausdrücklich: »Bei Bemessung des Wertes bleibt die Möglichkeit einer Veräußerung des Gegenstandes in das Reichsausland oder an einen Reichsausländer unberücksichtigt.« — Für die im Text behandelte Frage s. auch Heyer, S. 180. Wie weit man bei der Aufstellung solcher Beschränkungen gehen will, ist quaestio facti. Es lassen sich m. E. recht wohl Mittel und Wege für einen richtigen Ausgleich finden.

vermögen in diesen Dingen gefordert, — nicht als selbstverständlich betrachtet werden, daß Jeder, den diese Begriffsbestimmung angeht, ihre Tragweite für das eigene persönliche Gebiet erkennt. Und doch ist diese Kenntnis von einschneidendster Bedeutung für die Pflichten, deren Erfüllung nach der negativen wie positiven Seite dem Besitzer obliegen, gleich bedeutsam besonders auch für die empfindlichen Straffolgen, die den Besitzer bei Gesetzesverletzung bedrohen. Der richtige Weg, hier feste Unterlagen und Klarheit nach allen Seiten zu schaffen, ist die Eintragung in eine Denkmalliste, die Klassierung. Bei ihrer Durchführung lassen sich Unterschiede in Hinblick auf den Kreis der zu klassierenden Gegenstände, sowie Abstufungen nach der Seite der rechtlichen Wirkungen der Eintragung denken: Unterschiede darin, daß nur die im Privateigentum stehenden Denkmäler der Klassierung unterliegen, während die Denkmäler im Eigentum des Staates oder einer öffentlichen Korporation nicht klassiert werden, — Abstufungen darnach, ob man der Klassierung konstitutive oder lediglich deklaratorische Bedeutung beilegt.

Das Vorbild für ein solches Vorgehen liegt nicht in Deutschland, sondern im Ausland. Am konsequentesten hat Frankreich den Eintrag in Denkmallisten durchgeführt. Eingetragen werden hier mit konstitutiver Wirkung unbewegliche Denkmäler der öffentlichen wie der privaten Besitzer, letztere nur mit Zustimmung des Eigentümers. Auch bewegliche Gegenstände können »par les soins du ministre de l'instruction publique et des beaux arts« klassiert werden; ausgeschlossen ist nur eine Klassierung von beweglichen Gegenständen, die sich im Privateigentum befinden[34].

---

[34] Für die Klassierung in Frankreich vgl. Clemen, Die Denkmalpflege in Frankreich, S. 18ff., Giesker, S. 132ff. Die Zahl der klassierten Denkmäler beträgt in Frankreich nicht viel über 2000. Dem französischen Vorbild ist Rumänien (Ges. v. 15./29. Sept. 1892) gefolgt. Für Klassierung in der Schweiz vgl. das Berner Ges. über die Erhaltung der Kunstaltertümer und Urkunden v. 16. März 1902 (Giesker, S. 229), das Tessiner Decreto legislativo circa gli scavi per la ricerca di oggetti archeologici v. 19. Mai 1905 Art. 5 (Giesker, S. 244), Waadt (Giesker, S. 252), Wallis (a. a. O. S. 265), Neuenburg (a. a. O. S. 277). Das Klassement kennt ferner England (Ancient monuments protection act) v. 18. Aug. 1882 (vgl. Kohler, S. 78, Giesker, S. 178). Erfaßt werden nur 68 bestimmt bezeichnete Baudenkmäler und solche, die durch eine Order in Council jeweils bezeichnet werden; die Anwendung des Gesetzes ist aber an eine durch den Eigentümer freiwillig erklärte Unterstellung des Denkmals unter das Gesetz gebunden.

In Deutschland ist eine solche — wie H. Loersch es ausdrückt[35] — »amtliche Feststellung der Bedeutung und Würdigung eines Gegenstandes vom Standpunkte geschichtlicher oder künstlerischer Bedeutung und die Festlegung dieser Eigenschaft für alle Zukunft« bisher nur in geringem Maße durchgeführt. Hessen hat sich dem französischen Vorbilde in Hinblick auf Baudenkmäler, die im Privateigentum stehen, angeschlossen. Die Eintragung in die amtliche Denkmalliste besitzt für diese Fälle konstitutive Bedeutung[36]. Auch für die im Eigentum öffentlicher Verbände befindlichen Denkmäler soll eine Eintragung erfolgen; ihre Unterstellung unter das Denkmalschutzgesetz ist jedoch von dieser Eintragung nicht abhängig[37]. Auch in diesem Punkte ist Oldenburg über sein hessisches Vorbild hinausgegangen. Seine Denkmallisten sind unabhängig davon, ob es sich um Eigentum öffentlicher Verbände oder einer Privatperson handelt. In beiden Fällen ist die Klassierung Voraussetzung für die Unterstellungen unter die Vorschriften des Gesetzes vom 18. Mai 1911. Oldenburg klassiert auch entsprechend der Gleichstellung in § 1 seines Gesetzes völlig konsequent bewegliche geschichtliche Denkmäler und Naturdenkmäler[38].

---

[35] H. Loersch, Das französ. Gesetz v. 30. März 1887, S. 11.

[36] Ein dem Eintrag in die Denkmalliste gleichgestelltes Verfahren greift gemäß Art. 33 des Hess. DG. für Naturdenkmäler Platz. Die Vorschriften des Art. 10 Abs. 5 und 6 finden in diesem Falle entsprechende Anwendung ohne Unterschied, ob der Verfügungsberechtigte eine Privatperson oder eine Person des öffentlichen Rechts ist. Vgl. Art. 33 Abs. 5 und Wagner, Handausgabe S. 52, auch die AusführV. v. 29. Okt. 1902 (a. a. O. S. 84 ff.).

[37] Der Lüb. DG.E. 1911 folgt in § 6 »für Denkmäler, über welche Privatpersonen (natürliche Personen und juristische Personen des bürgerlichen Rechts) zu verfügen haben« dem hessischen Beispiel; die Bestimmungen der §§ 3, 4, 5 gelten für sie »nur insoweit, als sie in die Denkmalliste (§ 7) eingetragen sind«. Der Standpunkt des Württ. DG.E. 1914 wird durch die allgemeine Stellung des Entwurfs in der Abgrenzung seines Wirkungskreises (o. S. 178 fg.) bestimmt. Nach Art. 2 Abs. 3 werden »die in Abs. 1 genannten Denkmale (sc. die beweglichen Denkmale im Eigentum bürgerlicher oder kirchlicher Gemeinden sowie öffentlicher Stiftungen) mit Ausnahme der Urkunden und geschichtlich wertvollen Akten auf Anordnung der Aufsichtsbehörde in ein Denkmalverzeichnis eingetragen, bei dessen Aufstellung die Vertreter der Gemeinden und Stiftungen mitzuwirken haben«. Dem Eintrag kommt nur deklaratorische Bedeutung zu (vgl. Begründung S. 120). Für das geltende Recht Württembergs vgl. die Nachweise bei Heyer, S. 147 fg. Die Aufstellung eines Verzeichnisses und seine öffentliche Bekanntmachung sieht auch das Hamb. BaupflG. v. 3. April 1912 § 4 vor.

[38] Ausgenommen sind diejenigen Denkmäler, hinsichtlich deren der Staat verfügungsberechtigt ist (Oldenb. DG. § 28).

Aus dem Kreise der praktischen Denkmalpflege sind gegen eine umfassendere Verwertung des Klassements gelegentlich Einwendungen erhoben worden[39]. Vom juristischen Standpunkte aus ist m. E. dem Gedanken und einer weitgehenden Durchführung der Klassierung das Wort zu reden[40]. Nur dadurch wird die erforderliche volle Sicherheit geschaffen, — Sicherheit nicht nur für die Allgemeinheit und ihre Interessen, sondern Sicherheit vor allem auch für den Eigentümer, sei dies ein öffentlicher Verband oder eine natürliche oder juristische Person des bürgerlichen Rechts. Die praktischen Schwierigkeiten, die dabei zu überwinden sind, sollen nicht verkannt werden; sie verkennt auch, wie die Begründung zeigt, nicht das Oldenb. DG. Aber diese Schwierigkeiten sind nicht so beträchtlich, daß die Geltendmachung der rechtlichen Bedeutung der Klassierung dahinter zurücktreten müßte.

VI. Interessenabwägung und Entschädigung.

Der Eingriff in die fremde Rechtssphäre, der mit den Forderungen des Denkmalschutzes verbunden ist, wird in einer großen Zahl von Fällen mit Gegeninteressen zusammenstoßen. Ein solcher Zusammenstoß ist auf unserem Gebiete keine absolute Notwendigkeit, denn die Erfüllung, die der Denkmalschutz fordert, wird sich nicht selten nur im Rahmen des eigenen Interesses desjenigen halten, dem die Erfüllung angesonnen wird. Gerade weil aber die Hauptaufgaben unseres Denkmalschutzes in der Erhaltung im öffentlichen Interesse liegen, werden die Forderungen des Gesetzes vielfach mit Einzelinteressen, vor allem Einzelinteressen wirtschaftlicher Natur, kollidieren. So entsteht

---

[39] Vgl. z. B. Denkmalpflege, Bd. I 1910 S. 131.

[40] Siehe auch Wieland, S. 20, Giesker, S. 30ff., Heyer, S. 32ff. Mit Recht empfehlen Heyer, S. 34 und Giesker, S. 39 für die Klassierung Publizität (Eintrag ins Grundbuch). Auf diese Weise würde auch die Denkmalseigenschaft bei Berechnung des Kaufpreises von jedem Käufer in Rechnung gezogen werden können. — Vgl. ferner Begründ. z. Lüb. DG.E. (o. II [10]) S. 6 und Begründ. z. Oldenb. DG. (o. II [3]) S. 12. Lübeck betont mit Recht, daß die Denkmalliste den Privatpersonen die Möglichkeit biete, »von vornherein ihre persönlichen Interessen dem öffentlichen Interesse des Denkmalschutzes gegenüber zu vertreten«.

[41] Vgl. an dem in der vorigen Anm. zit. Orte. Oldenburg besitzt praktische Vordrucke für die Denkmallisten, von denen drei (für Baudenkmäler, Naturdenkmäler und bewegliche Denkmäler) geführt werden; praktisch sind auch die Oldenburger Formulare für Mitteilungen an die Verfügungsberechtigten.

ein Konflikt entgegenstehender Interessen, der des Ausgleichs bedarf. Die Lösung kann bestehen:

1. in einer Interessenabwägung mit Prüfung, welchem der einander widersprechenden Interessen der Vorrang gebührt,
2. in einer Entschädigung desjenigen, dem die Erfüllung einer Forderung angesonnen wird, die vom Standpunkte der Allgemeinheit berechtigt, vom Standpunkte des einzelnen nur als unverhältnismäßig persönliches Opfer erscheint.

1. Interessenabwägung.

Unsere Ausführungen unter V heben die wichtigsten Verbote und Gebote hervor, die als Hauptinhalt des Denkmalschutzes erscheinen. Sie richten sich an diejenigen, denen das Recht zusteht, in tatsächlicher oder rechtlicher Beziehung über einen Gegenstand, der z. B. als geschichtliches oder als Naturdenkmal erscheint, zu disponieren. Ihnen gegenüber hat das Verbot der Zerstörung oder Veränderung oder das Gebot eines bestimmten Verhaltens im Falle einer Grabung zwingenden Charakter. Für sie besteht ohne weiteres die Pflicht strikter Beobachtung. Inwieweit dagegen die Verwaltungsbehörde, sobald ein zur Entscheidung kommender Einzelfall vorliegt, die Durchführung der gesetzlichen Verbote oder Gebote verlangt, ihre Genehmigung zu einer geplanten baulichen Veränderung endgültig versagt, eine begonnene Grabung ungehindert fortsetzen läßt o. ä., ist Frage ihres pflichtmäßigen Ermessens. Schon in der Prüfung, die dieser Entscheidung der aufsichtsführenden Behörde vorangeht, ist eine Interessenabwägung enthalten. Als Beleg sei nur darauf hingewiesen, daß z. B. das Oldenb. DG. in § 9 das an den Verfügungsberechtigten gerichtete Verbot in die Worte kleidet:

»Baudenkmäler im Sinne des § 1 dürfen ohne Genehmigung der Denkmalschutzbehörde weder ganz oder teilweise beseitigt noch veräußert, verändert, wiederhergestellt oder erheblich ausgebessert werden«;

dagegen in der Regelung der Genehmigung (a. a. O. § 14) die Form wählt:

»Eine nach §§ 9, 10, 11 und 13 Abs. 1 erforderliche Genehmigung kann versagt, aber auch unter Bedingungen erteilt werden«[1].

---

[1] Vgl. für die in dem Worte »kann« liegende Interessenabwägung auch Sächs. Ges. v. 10. März 1909 § 2, Braunschw. Ges. v. 1. Febr. 1911 § 1, Mecklenb.-Schwer.

Dieses »kann« vermag der Gesetzgeber der Aufsichtsbehörde entweder vorwegzunehmen, oder zu erleichtern. Vorwegzunehmen dadurch, daß er Fälle aufführt, in denen die Genehmigung unbedingt zu versagen ist, — zu erleichtern dadurch, daß er diejenigen Momente angibt, bei deren Vorhandensein der Interessenkonflikt zugunsten der Verfügungsberechtigten zu lösen ist. Das erstere ist der Fall, wenn der Gesetzgeber, wie z. B. in Preuß. Ges. v. 15. Juli 1907 § 1 vorschreibt:

»Die baupolizeiliche Genehmigung zur Ausführung von Bauten und baulichen Änderungen ist zu versagen, wenn dadurch Straßen oder Plätze der Ortschaft oder das Ortsbild gröblich verunstaltet werden würde«[2].

Schwieriger ist die legislative Gestaltung der zweiten Möglichkeit. Preußen hat hierbei eine minder glückliche Hand gehabt. Es gedenkt einer Interessenkollision im Gesetz vom 15. Juli 1907 in zwei Verbindungen: Einmal ist nach § 2 Abs. 2 in Fällen, in denen ein Ortsstatut baupolizeiliche Beschränkungen für bestimmte Straßen und Plätze von geschichtlicher oder künstlerischer Bedeutung vorgeschrieben hat, von der Anwendung des Ortsstatuts abzusehen,

»wenn die Bauausführung nach dem Bauentwurfe dem Gepräge der Umgebung der Baustelle im wesentlichen entsprechen würde und die Kosten der trotzdem auf Grund des Ortsstatuts geforderten Änderungen in keinem angemessenen Verhältnisse zu den dem Bauherrn zur Last fallenden Kosten der Bauausführung stehen würden«.

BaupolO. v. 27. Dez. 1911 § 47, Brem. Ges. v. 4. März 1909 § 2, Reuß j. L. Ges. v. 28. März 1911 § 15 Abs. 2. Der gleiche Gedanke kommt zum Ausdruck, wenn das Gesetz von der Aufsichtsbehörde den Ausdruck »ist befugt« gebraucht; so Preuß. Ges. v. 2. Juni 1902 (o. II[8]), Schwarzb.-Rudolst. Ges. v. 24. Dez. 1910 einz. Paragr., Schaumb.-Lippe Ges. v. 4. März 1911 einz. Paragr., Hamb. Bauges. v. 3. April 1902 § 2. Für Baden vgl. Heyer, S. 138 und Stintzing, S. 82.

[2] Auch Oldenb. Ges. v. 11. Jan. 1910 § 1 (o. II[4]), Sachsen-Koburg-Gotha Ges. v. 10. und 20. April 1909 § 1 (o. II[21]). Vgl. auch § 9 des Lüb. DG.E. 1911: »Die Genehmigung ist zu versagen, wenn der beabsichtigten Handlung oder Unterlassung aus geschichtlichen oder kunstgeschichtlichen Rücksichten Bedenken entgegenstehen, welche die durch eine Versagung der Genehmigung berührten Interessen überwiegen. Aus anderen Gründen darf die Genehmigung nicht versagt werden.« S. hierzu auch die Begründung zum Lüb. DG. (o. II[10]) S. 6fg.

Weiterhin aber kann nach § 8 Abs. 1 a. a. O. für landschaftlich hervorragende Teile die baupolizeiliche Genehmigung zur Ausführung von Bauten und baulichen Änderungen außerhalb der Ortschaften nur versagt werden:

> »Wenn dadurch das Landschaftsbild gröblich verunstaltet werden würde und dies durch die Wahl eines anderen Bauplatzes oder eine andere Baugestaltung oder die Verwendung anderen Baumaterials vermieden werden kann.«[3]

Stintzing hat gegen beide Formulierungen Einwendungen erhoben und besonders die Unzulänglichkeit der an 2. Stelle gedachten Vorschrift nachgewiesen[4]. Jedenfalls erscheint die Vorschrift des Sächs. Ges. v. 10. März 1909 § 2 Abs. 1 ungleich geschlossener und klarer. Darnach ist von einer Beschränkung durch Schutzmaßregeln abzusehen, wenn durch die Versagung der Genehmigung zur Ausführung von Bauten oder baulichen Änderungen dem Bauherrn ein unverhältnismäßiger wirtschaftlicher Nachteil oder Kostenaufwand erwachsen würde[5]. Es werden damit die möglichen zwei Grundtypen des Interessenkonfliktes getroffen. »Entweder bedeutet die beschränkende Verfügung für den Bauherrn die Zumutung eines Mehraufwandes, oder sie bedeutet eine Beschränkung der wirtschaftlichen Ausnützung seines Grundbesitzes«[6]. Dieser Feststellung ist nicht nur gesetzestechnisch, sondern

---

[3] Dem preußischen Vorbilde folgen Oldenb. Ges. v. 11. Jan. 1910 § 2 Abs. 2, § 7 Ziff. 2, Sachsen-Koburg-Gotha Ges. v. 10. u. 20. April 1909 § 2 Abs. 3, § 9 (o. II [21]) und Brem. Ges. v. 4. März 1909 § 2 Abs. 1 (= § 8 Abs. 1 des Preuß. Ges. v. 15. Juli 1907).

[4] Stintzing (o. I [3]) S. 31 fg., 37 ff. Es sei hier auf diese Ausführungen verwiesen.

[5] Übereinstimmend Hamburg. BaupflGes. § 3 Abs. 1 (Sonderzusatz in Abs. 2, daß der Einspruch der Kommission zurückzuziehen ist, wenn die von der Kommission für nötig erachteten Maßnahmen die gesetzlich statthafte Ausnutzung des Baugrundes nach Grundfläche oder Höhe beschränken würden), Reuß j. L. Ges. v. 28. März 1911 § 15. Braunschw. Ges. v. 1. Febr. 1911 verbindet die sächsische Formulierung (§ 1) mit der preußischen Fassung (§ 2 Abs. 2). Das Bayer. PolStGB. v. 6. Juli 1908 Art. 101 gestattet baupolizeiliche Vorschriften »im Interesse der Verschönerung«. Wie ausdrücklich in Art. 101 Abs. 3 Satz 2 bestimmt wird, »dürfen die hierauf gegründeten Abänderungen des Bauplanes die Kosten der Bauführung nicht wesentlich vermehren«. Die gleiche Vorschrift fand sich bereits im Bayer. PolStGB. v. 10. Nov. 1861 und bildete den ersten gesetzgeberischen Versuch einer Interessenabwägung. Vgl. Stintzing, S. 181.

[6] Vgl. die eingehenden Untersuchungen Stintzings a. a. O. S. 64 ff. Stintzing weist vor allem mit Recht auf die Verschiedenheit der im Text genannten beiden

auch vom Standpunkte der Praxis der Vorzug zu geben. Sie ist allgemein genug gefaßt, um alle in Verbindung mit dem Denkmalschutz auftretenden Fälle zu decken, und ist andrerseits bestimmter gefaßt, als die zu allgemeine Vorschrift der Württ. BauO. Art. 98 Abs. 1, wonach Bauausführungen zu untersagen sind, »wenn durch ihre Unterlassung oder Änderung die Verunstaltung ohne wesentliche Schädigung der Beteiligten abgewendet werden kann«[7].

Ein Interessenkonflikt, wie er in den eben besprochenen Vorschriften auftritt, läßt sich aber nicht nur in der Erhaltung eines Bauwerks oder Landschaftsbildes denken. Er ist auch bei der Pflege beweglicher Denkmäler möglich. Man denke z. B. an die Beschränkungen des § 13 Abs. 1 des Oldenburger DG.[8]. Hier enthält Oldenburg eine Interessenabwägung speziell für den Fall, daß es sich um die Ausfuhr eines beweglichen Denkmals aus dem Großherzogtum handelt. Die Genehmigung zur Ausfuhr darf nach § 13 Abs. 2 in billigenswerter Weise nicht versagt werden,

> »wenn das Denkmal durch Erbgang an einen außerhalb des Großherzogtums Wohnenden gefallen ist, oder, wenn es sich um ein Denkmal handelt, das schon seit längerer Zeit sich im Besitz des Verfügungsberechtigten oder dessen Familie befindet und der Verfügungsberechtigte seinen Wohnsitz im Großherzogtum aufgibt[9].«

2. Entschädigung.

In den Fällen unter 1 sahen wir die ideellen hinter den wirtschaftlichen Interessen zurückweichen. Ein Denkmalschutz unterbleibt, weil das Gegeninteresse des Verfügungsberechtigten als das stärkere erscheint. Die zweite Möglichkeit einer Lösung des Interessenkonfliktes besteht

---

Fälle hin; bei der Zumutung eines Mehraufwandes handelt es sich um ein einmaliges Geldopfer, das dem Verfügungsberechtigten angesonnen wird, bei der Beschränkung der wirtschaftlichen Ausnutzung dagegen um eine dauernde Minderung des freien Dispositionsrechts.

[7] Zu allgemein auch Hess. DG. Art. 4 Abs. 1, wonach die erforderliche Genehmigung zu versagen ist, wenn Bedenken entgegenstehen, »welche die anderweiten, etwa durch eine Versagung der Genehmigung berührten öffentlichen oder privaten Interessen überwiegen«.

[8] Zitiert o. S. 186.

[9] Wörtlich übereinstimmend Lüb. DG.E. 1911 § 5 Abs. 3. Die oben in Anm. 7 zitierte Vorschrift des Hess. DG. Art. 4 Abs. 1 findet infolge des Verweises auf Art. 3 auch für bewegliche Denkmäler Anwendung.

in der Durchführung des ideellen Interesses durch Überwindung des materiellen Gegeninteresses. Das Gesetz sucht aber das ungewöhnliche Opfer, das der Einzelne im Interesse der Allgemeinheit bringen muß, dadurch auszugleichen, daß es dem unterliegenden Teile einen Anspruch auf wirtschaftliche Entschädigung gewährt.

Im Einklang mit der oben unter IV festgesetzten rechtlichen Natur des Denkmalschutzes fehlt dieser Entschädigungsanspruch überall dort, wo es sich um eine Beschränkung handelt, die den Rahmen einer bloßen polizeilichen Maßnahme nicht überschreitet[10]. Eine solche Maßnahme ist dazu bestimmt, die Interessensphäre der Allgemeinheit vor verletzenden Eingriffen, wie sie z. B. in einer die Landschaft verunstaltenden Reklame liegen, zu schützen. Sie entspricht in dieser Abwehrtendenz den im Interesse der Allgemeinheit getroffenen Beschränkungen sicherheits-, gesundheits-, feuerpolizeilicher Natur. Der Vergleich rechtfertigt sich auch dadurch, daß auch diese Beschränkungen dem Einzelnen Lasten auferlegen, — Opfer, für die eine Entschädigung nicht gefordert werden kann. Blicken wir auf die Gesetze im Gebiete des Denkmalschutzes, so fehlt in der Tat die Anerkennung eines Entschädigungsanspruchs überall dort, wo die Landesgesetze gegen die Verunstaltung von Stadt und Land durch eine entstellende Reklame kämpfen oder das überkommene Orts- und Landschaftsbild auf dem Wege der baupolizeilichen Überwachung zu erhalten suchen. Das Gesetz wahrt diesen Standpunkt um so sicherer, als es die Sachlage nach den Grundsätzen der Interessenabwägung prüfen läßt und durch Sicherstellung des prävalierenden Einzelinteresses die Entstehung der Entschädigungsfrage vermeidet.

Wie unsere früheren Ausführungen zeigten, wird allerdings eine tiefergreifende Denkmalschutzgesetzgebung mit bloßen polizeilichen Abwehrmaßregeln nicht auszukommen vermögen[11]. Die moderne Denkmalpflege stellt im öffentlichen Interesse berechtigter Weise weitergehende Ansprüche. Sucht ihnen der Gesetzgeber zu entsprechen, so wird er oft genug Forderungen aufstellen, deren Erfüllung vom Standpunkte des

[10] Die folgenden Ausführungen können, um den gewährten Raum einzuhalten, nur die Hauptlinien angeben. Für die prinzipiellen Gesichtspunkte kann auf Stintzing a. a. O. S. 69 ff. Bezug genommen werden. Stintzing verwertet dabei mit Recht die auch von mir geteilte Auffassung Otto Mayers (Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I S. 249, 251, 258, 261, II S. 351) über den Polizeibegriff. Vgl. hierfür auch O. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II S. 503 ff.

[11] Vgl. o. V.

Einzelnen unverhältnismäßige persönliche Opfer verlangen; er wird deshalb ohne Zubilligung von Entschädigungsansprüchen nicht auskommen. Es ist dies ohne Zweifel eine der schwierigsten Aufgaben, die der Gesetzgeber auf unserm Gebiete zu lösen hat[12]. Vereinzelt haben bisher einige Landesgesetze mit dem Charakter von Baupflegegesetzen Vorschriften getroffen, die für unsere Frage als Belege heranzuziehen sind. Die Württ. BauO. vom 28. Juli 1910 bestimmt im Art. 97 Abs. 3:

»Wenn dem Bauenden durch die zur Erhaltung des künstlerischen oder geschichtlichen Werts des Baudenkmals erforderliche Änderung der Bauausführung ein erheblicher Mehraufwand oder sonst ein wesentlicher Schaden entstünde, kann er Ersatz des Schadens oder wahlweise statt des Schadenersatzes . . . dessen Erwerbung durch die Gemeinde oder den Staat beanspruchen[13].«

Auch Hamburg[14] und Bremen sind hier zu nennen, — Bremen wegen der in § 3 Ziffer 4 des Gesetzes vom 4. März 1909 gedachten Bauhilfe, die im Grunde genommen eine Entschädigung »in verdoppelter Form«[15] darstellt. Was hier für die Entschädigungsfrage geboten wird, ist aber doch nur ein kleiner Teil derjenigen Vorschriften, die die Praxis braucht. Die breiteren Unterlagen finden wir in den Denkmalschutzgesetzen i. e. S. Das Hess. DG. spricht in Art. 14 demjenigen, dem die erforderliche Genehmigung durch rechtskräftige Entscheidung versagt oder nur bedingungsweise erteilt wird, das Recht zu:

»binnen sechs Wochen von der Rechtskraft der Entscheidung an bei dem Ministerium des Innern Ersatz des ihm durch Versagung der Genehmigung oder durch nur bedingungsweise Genehmigung zugefügten Schadens seitens des Staates zu verlangen.«

Es bestimmt fernerhin im Art. 28:

»Der Staat ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, welcher einem Beteiligten durch Befolgung der auf Grund der Artikel 25 (Ausgrabung), 26 (Fund) getroffenen Anordnung verursacht worden ist[16].«

[12] Stintzing, S. 70, O. Mayer, Verwaltungsrecht II S. 346.

[13] Zur Erläuterung s. Heyer, S. 146 fg.

[14] BaupflGes. v. 3. April 1912 § 3 Abs. 4.

[15] Stintzing, S. 71, vgl. Bredt, Heimatschutzgesetzgebung, S. 33.

[16] Der Ersatzanspruch steht den natürlichen und juristischen Personen des bürgerlichen Rechts zu. Mit Recht wird bei Naturdenkmälern der Kreis der Ersatzberechtigten auf die juristischen Personen des öffentlichen Rechts ausgedehnt (Art. 33); es kann sich bei ihnen um Gegenstände handeln, die (wie Waldungen,

In Hinblick auf die Bemessung der dem Staate obliegenden Leistungen erklärt Art. 14 Abs. 3 die für die Entschädigung im Enteignungsverfahren geltenden Grundsätze für maßgebend. Oldenburg [17] ist dem hessischen Vorbilde gefolgt und auch der Entwurf des Lüb. DG. setzt in § 10 Abs. 1 und § 16 in gleichem Umfange eine allgemeine Entschädigungspflicht des Staates fest [18]. Eingehende Bestimmungen über die Entschädigungspflicht des Staates finden sich endlich im Preuß. AusgrabG. und im Württ. DG.E. 1904 [19]. Besonders die preußische Gesetzgebung beschäftigt sich sorgfältig in einer ganzen Reihe ihrer Sätze mit der Frage des Ersatzes. Beide Staaten gestatten auch folgerichtiger Weise, über die Höhe der Entschädigungssumme den Rechtsweg zu beschreiten. In diesen Vorschriften liegt — vom Hess. DG. beginnend — der Weg deutlich vorgezeichnet, den die Entwicklung unserer Landesgesetzgebung für die vom juristischen wie Vermögensstandpunkte gleich bedeutsame Frage der Entschädigungspflicht zu nehmen hat. —

In einem Überblick über den Stand der Denkmalpflege in Preußen vom Jahre 1903 findet sich das Wort:

> »Der goldene Boden, auf dem allein die Denkmalpflege nachhaltig gedeiht, ist die Freiwilligkeit [20].«

Wir unterschreiben dieses Wort gern, denn eine Denkmalpflege, die nicht von der verständnisvollen Liebe der Bevölkerung getragen wird, ist tot. Aber wir fügen dem angeführten Worte hinzu:

> »Der notwendige Schutz für diesen Boden ist eine einsichtsvolle Gesetzgebung!«

Basaltkegel) als wichtige Erwerbsquelle für eine Gemeinde in Betracht kommen könnten. Vgl. Frhr. v. Biegeleben bei Oechelhäuser, Denkmalpflege I S. 148 fg. Für den Standpunkt Oldenburgs vgl. die Begründung zum Oldenb. DG. (o. II [3]) S. 14.

[17] Oldenb. DG. §§ 17, 23.

[18] Daß im Falle der Entziehung des Eigentums (und in den ihm gleichgestellten Fällen, in denen der Verfügungsberechtigte die Übernahme durch den Staat verlangen kann) Ersatz geleistet werden muß, bedarf keiner näheren Belege. Vgl. hierfür o. V [21], [22], [23].

[19] Preuß. AusgrabG. §§ 8, 13 ff. (Begründung S. 14 ff., das Herrenh. hat in § 8 Abs. 3 »als Entschädigung ist Ersatz des gemeinen Wertes des Gegenstandes zu leisten« das gesperrt gedruckte Wort eingefügt. Vgl. dazu o. V [33]), Württ. DG.E. Art. 8.

[20] Polenz in der Zeitschr. »Die Denkmalpflege«, 5. Jahrg. 1903 S. 17.

Zur Lehre von den actiones arbitrariae.

Von

Otto Lenel.

EINER der tüchtigsten unter den jüngeren italienischen Romanisten, Biondo Biondi, hat vor kurzem in einer überaus anregenden Abhandlung[1] die Lehre von den actiones arbitrariae einer Revision unterzogen und ist dabei zu Ergebnissen gelangt, die zum Teil von herrschenden Ansichten weit abweichen. Auch wer diesen Ergebnissen nicht beitritt, wird zugeben müssen, daß die von Biondi beigebrachten Argumente nicht ohne weiteres beiseite geschoben werden können, sondern sorgfältiger Nachprüfung würdig sind. Eine solche Nachprüfung soll hinsichtlich einer an sich bloß terminologischen, für die Quellenkritik aber nicht unwichtigen Frage im folgenden versucht werden.

Allgemein hat man bisher angenommen, daß die Aktionen, in deren Formel die von den Modernen sogenannte clausula arbitraria enthalten war, schon von den klassischen Juristen actiones arbitrariae genannt worden seien[2]. Biondi bestreitet dies; er erklärt zwar selbstverständlich nicht etwa die Aktionen mit Arbiträrklausel, wohl aber jenen ihren technischen Namen für eine byzantinische Erfindung.

Vorweg: man kann nicht sagen, daß diese These auf den ersten Blick durch innere Wahrscheinlichkeit besticht. Die Aktionen mit Arbiträrklausel stellen innerhalb des Rahmens des klassischen Prozeßrechts einen besonderen Aktionentypus dar, und es wäre geradezu auffallend, wenn sich für diese Aktionengattung nicht schon bei den Klassikern eine Gattungsbezeichnung eingebürgert hätte. Umgekehrt aber versteht man nicht, und auch Biondi ist es nicht gelungen, das einleuchtend zu erklären, was die Byzantiner veranlaßt haben könnte, eine solche Bezeichnung neu zu erfinden. Giustiniano, meint Biondi (S. 33), concepì ed attuò in legge il concetto di una categoria generale di azioni, le actiones arbitrariae, in cui il convenuto poteva evitare la condanna sodisfacendo l'attore prima della sentenza. Aber wie ist dies denkbar, da doch der Satz, der hiernach im Sinne Justinians das eigentümliche

[1] Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis (fasc. I, 1913).

[2] Abweichend nur May, mél. Girard II, 151 f., der für klassisch zwar die Bezeichnung »formula«, nicht aber »actio« arbitraria hält.

Wesen der actiones arbitrariae ausmachen müßte, im Justinianischen Recht bekanntlich ausnahmslos und unbestritten für alle Aktionen gilt? Quod si ante rem iudicatam is cum quo actum est, satisfaciat actori, officio iudicis convenit eum absolvere (I. 4, 12, 2). Und auch darin konnte für Justinian keine Eigentümlichkeit der actiones arbitrariae liegen, daß hier in bezug auf die Art der dem Kläger zu leistenden Befriedigung dem officium iudicis ein besonders weiter Spielraum gewährt ist, wie es allerdings in I. 4, 6, 31 i. f. heißt: in his enim actionibus .... permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei de qua actum est naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat. Denn in diesem Punkt begegnen sich die sogenannten actiones arbitrariae durchaus mit den bonae fidei iudicia[1], und wenn auch die Klassiker mit Rücksicht auf die ganz verschiedene Fassung der Formeln zwischen beiden Arten von Aktionen unterscheiden mußten, so bestand doch diese Notwendigkeit nicht mehr für Justinian, der ja in der Tat eine ehemalige actio arbitraria, die hereditatis petitio, ohne jedes Bedenken in die Zahl der bonae fidei iudicia aufgenommen hat. Man würde nach alledem sehr wohl verstehen, wenn Justinian den veralteten Begriff der actiones arbitrariae, falls er ihn bei den Klassikern vorfand, beseitigt, diese Aktionengattung mit den bonae fidei iudicia identifiziert hätte. Man könnte auch umgekehrt verstehen, daß, wie so manches andere Veraltete, so auch dieser Begriff, weil er eben überkommen war, in die Kompilation aufgenommen worden wäre. Sonderbar und schwer verständlich aber scheint es, daß die Byzantiner, erst sie, in den Aktionen mit Arbiträrklausel etwas so besonderes gesehen haben sollen, daß sie es der Mühe wert fanden, sie unter einem neuerfundenen technischen Namen begrifflich zusammenzufassen.

Indessen, ob die These Biondis wahrscheinlich ist oder nicht, es gilt seine Gründe zu hören. Der gewiesene Weg für ihn war, jede einzelne Stelle, wo eine actio oder formula arbitraria erwähnt wird, auf ihre Bedeutung und auf ihre Echtheit zu prüfen, und er hat sich dieser

---

[1] Diese Übereinstimmung ist auch den byzantinischen Juristen nicht entgangen, wie die beiden von Biondi S. 34 angef. Scholien des Joannes (nicht Cyrillus, wie Biondi angibt) zu Bas. 23, 3, 3 (sch. 8) und Stephanus zu Bas. 60, 10, 6 (sch. 1) beweisen. Daß die beiden Scholien sich auf die actio de eo quod certo loco beziehen, die ja für die Byzantiner nach I. 4, 6, 31 in die Gattung der actiones arbitrariae fällt, nimmt ihnen natürlich nichts von ihrer Beweiskraft.

Aufgabe nicht entzogen. Ausscheiden mußten nur die Stellen, in denen die sogenannte actio de eo quod certo loco als actio arbitraria bezeichnet wird; denn für sie ist, wie gleich mir[1] auch Biondi (S. 15) annimmt und worauf unten noch zurückzukommen sein wird, dieser Name nicht Gattungs-, sondern Individualbezeichnung. Wir wollen Biondis Untersuchung folgen.

1. Hauptstütze für die herrschende Meinung ist und bleibt die vielbesprochene Institutionenstelle 4, 6, 31:

> Praeterea quasdam actiones arbitrarias id est ex arbitrio iudicis pendentes appellamus, in quibus nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. in rem veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur: in personam veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item qua id, quod certo loco promissum est, petitur. ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. in his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei de qua actum est naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

Es ist klar, daß dies wichtige Zeugnis nur auf einem Weg entkräftet werden konnte, den Biondi (S. 18f.) denn auch beschreitet: er erklärt die ganze Definition mit allem, was sich daran anschließt, für Kompilatorenwerk. Nun bin ich weit entfernt davon, die Stelle für unberührt zu halten; auch ich glaube an weitgehende Eingriffe der Redaktoren der Institutionen. Sie, denen die klassischen Aktionen mit Arbiträrklausel eine unverstandene oder nur halb verstandene Antiquität waren, werden die Worte »vel solvat vel ex noxali causa servum dedat« nach eigenem Ermessen eingeschoben haben, weil sie sich sagten, daß man durch Zahlung und bei Noxalklagen durch rechtzeitige noxae deditio ja doch ebenfalls die Verurteilung abwenden könne. Ein Klassiker ferner, der Anfängern das Wesen dieser Aktionen klar zu machen suchte, würde auch nicht gesagt haben: in quibus .... condemnari debeat; er wird vielmehr betont haben, daß deren Formeln so gefaßt seien, daß Kondemnation nur im Falle des Ungehorsams

[1] E. P.[2] 239.

gegen das arbitrium stattfinden dürfe[1]. Diese Formelfassung wird er dann an irgendeiner einzelnen Formel exemplifiziert haben, sehr wahrscheinlich an der hier sehr naheliegenden formula petitoria; und da die Redaktoren diese Ausführung als veraltet streichen mußten, so erklärt sich sehr einfach, daß wir in dem Beispielskatalog der Stelle gerade die rei vindicatio vermissen. Weiterhin halte ich die Worte »de rebus coloni« hinter Serviana und »quae etiam hypothecaria vocatur« hinter quasi Serviana für erläuternde Zusätze der Leute Justinians; es sind wörtliche Rekapitulationen aus § 7 des Titels. Die Erwähnung der gar nicht hierher gehörigen actio de eo quod certo loco verrät sich, wie bereits Beseler[2] hervorgehoben hat, schon durch das unrichtige »id quod *certo loco promissum est*« als Interpolation, und auch den Satz »ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet« werden die Redaktoren schwerlich in dem ursprünglichen Beispielskatalog, sondern anderswo gefunden und hier nur eingeschoben haben[3]. Für verändert, wenn auch nicht für ganz interpoliert, halte ich endlich auch den Schlußsatz, der so, wie wir ihn jetzt lesen, den Eindruck einer überflüssigen Wiederholung macht. Der Klassiker nämlich, der von dieser Aktionengattung handelte, hatte Veranlassung, noch auf das Verfahren des Geschworenen bei ihnen einzugehen, und in diesem Zusammenhang kann er sehr wohl gesagt haben, daß der iudex hier zunächst zu ermessen habe, quemadmodum actori satisfieri oporteat. Was darauf folgte, wurde als nicht praktisch gestrichen. All dies kann man zugeben, all dies bleibt in den Grenzen der Wahrscheinlichkeit, während die Annahme Biondis, die Byzantiner hätten den von ihnen definierten Begriff selbst erst erfunden, wie oben gezeigt, überaus unwahrscheinlich ist. Auch scheint mir sehr gewagt, Wendungen von so absoluter Klassizität wie »nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat« oder »(actiones) quibus de eo agitur, quod aut metus causa aut dolo malo factum est« auf Rechnung der Leute Justinians zu schreiben.

Was Biondi noch an allgemeinen Argumenten zur Stütze seiner Interpolationsvermutung beibringt, scheint mir ohne Bedeutung. Er

---

[1] Also etwa statt »in quibus«: »quarum formulae ita conceptae sunt, ut.«

[2] Das edictum de eo q. c. l. (1907) 75. Mein Ed.[2] 239.

[3] Vgl. auch May, mél. Girard II 164.

nimmt, Ferrini folgend[1], an, daß der Titel de actionibus auf Exzerpten aus des Gaius res cottidianae aufgebaut sei, sucht dann weiter auszuführen, daß die systematische Ordnung innerhalb des Titels und also auch in den res cottidianae im ganzen der im vierten Buch der Gaianischen Institutionen entspreche, daß aber gerade § 31 aus diesem System herausfalle und also sehr wahrscheinlich in der Vorlage nicht enthalten gewesen sei. Für die wirkliche Quelle des § 31 hält er die demnächst zu besprechende Äußerung des Gaius IV 163 über die formula arbitraria des Interdiktenverfahrens und meint sogar, daß diese Ableitung, »innegabile« sei (S. 22). Allein das System des Titels de actionibus zeigt, wie aus den eigenen Ausführungen Biondis hervorgeht, keineswegs die von ihm behauptete genaue Übereinstimmung mit dem der Gaianischen Institutionen. Richtig ist, daß in beiden die verschiedenen Einteilungen der Aktionen an der Spitze stehen (Gai. IV 1—38, I. 4, 6, 1—31). Die Institutionenverfasser konnten aber sehr natürlich das Gaianische Vorbild hier nur mit großer Freiheit benützen, weil ja das meiste, was Gaius bringt, für sie unpraktisch war. So sehen wir, daß sie auf der einen Seite all das auslassen, was sich zu enge an das alte Formelwesen anlehnt, auf der anderen Seite die Gaianische Übersicht der Aktionenarten durch Zusätze und Einschiebungen vervollständigen. Dahin gehören schon die Abschnitte über die prätorischen Aktionen (§ 3—13) und über die actiones in simplum bis quadruplum (§ 21—27), und ebendahin gehört auch der Abschnitt § 28—31. Während Gaius IV 62 die bonae fidei iudicia gelegentlich der Kompensation erwähnt, bringt Justinian die Unterscheidung zwischen b. f. und stricti iuris actiones noch in dem Abschnitt von den Arten der Aktionen und benutzt, umgekehrt wie Gaius, die Ausführung über die b. f. actiones, um (§ 30) von der Kompensation zu handeln[2]. Und daran — an die Erläuterung des officium iudicis im b. f. iudicium — schließt sich ganz passend in § 31 die Definition einer in ihrem Wesen verwandten letzten Aktionengattung, der Aktionen mit Arbiträrklausel[3]. Fand sich zu diesem § in den Gaianischen Institutionen überhaupt eine Parallelstelle, so wird sie in dem bekannten § 114 zu suchen sein, wo ohne jeden Zweifel

---

[1] Ganz anders, und mit guten Gründen, Zocco-Rosa in seiner Institutionenpalingenesie II 298 f.

[2] Dieser Zusammenhang wird von Biondi S. 21 unten verkannt.

[3] So auch May, mél. Girard II 160.

von der Bedeutung der Arbiträrklausel ausführlich die Rede war, ganz sicher aber nicht in dem von Biondi angeführten § 163[1]. Da auch in § 163 die Bedeutung einer Arbiträrklausel zu erläutern war, so mußte sich freilich eine gewisse Übereinstimmung im Ausdruck, insbesondere bei der Wiedergabe der formularen Wendungen von selbst ergeben; diese Übereinstimmung geht aber, wie der Augenschein lehrt, entfernt nicht so weit, daß wir in der einen Stelle die Quelle der anderen erblicken dürften. Nach dieser Quelle zu suchen, ist vergebliche Mühe. Sowie man sich klar macht, daß der Abschnitt »von den Arten der Aktionen« in den Institutionen den § 31 mitumfaßt[2], verliert die systematische Stellung dieses § jedenfalls alles Auffällige, und wir haben auch von diesem Gesichtspunkt aus keinerlei Anlaß, an der Klassizität des Begriffs der »actiones arbitrariae« zu zweifeln.

2. Von Gaius (IV 141, 163) und Ulpian (inst. 5, 1) wird bei der Darstellung des Interdiktenverfahrens bekanntlich eine »formula arbitraria« erwähnt; es ist das die Formel, mittels deren der mit einem restitutorischen oder exhibitorischen Interdikt Belangte sich dem für ihn gefährlichen Sponsionsverfahren zu entziehen vermag. Von ihr sagt Gai. IV 163:

> Namque si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio, si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhib*et* aut restituit, et ita absolvitur. quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemna*tur*.

Zweifellos, auch Biondi bestreitet dies nicht, handelt es sich hier um eine Formel mit Arbiträrklausel; gleichwohl hält er es für ausgeschlossen, daß sie diesem Umstand ihren Namen verdanke, aus folgendem Grunde. Die Arbiträrklausel sei, führt er (S. 5 f.) aus, ja durchaus keine Besonderheit der sogenannten formula arbitraria; sie finde sich genau ebenso beim iudicium secutorium, das bekanntlich dem Sieger im Sponsionsprozesse gewährt wurde, um die Restitution oder Exhibition zu erzwingen (Gai. IV. 165 ict. 166 a). Es sei undenkbar, daß die formula arbitraria ihren Sondernamen um einer ihr gar nicht eigentümlichen Klausel willen geführt habe. Der wirkliche Ursprung dieser Bezeichnung liege vielmehr offenbar lediglich darin, daß für die Ver-

[1] Zweifelnd auch Segrè, mél. Girard II 569.

[2] §§ 32—35 korrespondieren sodann Gai. IV. 52—60, §§ 36—40 nicht, wie Biondi meint, Gai. IV 69 f., sondern einer Ausführung auf dem unlesbaren Blatt des Veroneser Manuskripts zwischen Gai. IV 60 und 61; auf sie weist das »superius« im Eingang von Gai. IV 69 zurück, wie das gleiche Wort in I. 4, 7 pr. auf I. 4, 6, 36.

handlung per formulam arbitrariam ein arbiter bestellt wurde, während im iudicium secutorium als Geschworener der iudex sponsionis fungierte, und dieser Ableitung des Namens entnimmt er ein Argument zugunsten seiner These, daß die Gattungsbezeichnung »actio arbitraria« dem klassischen Rechte fremd sei. Indes erheben sich gegen seine Schlüsse m. E. gewichtige Bedenken. Sie wären gerechtfertigt, wenn es gewiß wäre, daß z. Zt., als der Name formula arbitraria aufkam, das Interdiktenverfahren schon diejenige Gestalt angenommen hatte, die uns bei Gaius entgegentritt; daß insbesondere das iudicium secutorium ebenso alt war wie die formula arbitraria. Das Gegenteil ist aber, wenn nicht streng beweisbar, doch überaus wahrscheinlich. Das dem Sponsionsverfahren angeklebte iudicium secutorium macht den Eindruck einer sehr jungen Bildung. Das älteste Interdiktenverfahren dürfte nur das reine agere per sponsionem gekannt haben [1]. Unter der Herrschaft des Formularprozesses kam, um es zu vermeiden, die formula arbitraria auf, und noch später wurde nach deren Vorbild dem Sponsionsverfahren das iudicium secutorium angefügt [2]. War aber dies die geschichtliche Entwicklung, dann steht durchaus nichts im Wege, die Bezeichnung formula arbitraria mit der herrschenden Meinung auf die Arbiträrklausel dieser Formel zurückzuführen, in der der charakteristische Gegensatz des neuen Verfahrens gegenüber dem alten agere per sponsionem lag. Man bezeichnete die neue Formel, für die es keinen Sondernamen gab, mit dem Gattungsnamen, der Gattungsname wurde hier zur Sonderbezeichnung, und diese einmal eingebürgerte Bezeichnung behielt man auch bei, als später neben die formula arbitraria die gleichgeartete formula secutoria trat. Hervorgehoben werden darf noch, daß das Wort arbitrarius in der ihm von Biondi hier zugeschriebenen Bedeutung sonst nirgends nachweisbar ist [3].

---

[1] Zur Literatur der Frage vgl. Ubbelohde, Interdikte 2, 342.

[2] Erwähnt werden darf hier, daß bei den interdicta duplicia das iudicium secutorium den Namen iudicium Cascellianum führt, der doch wahrscheinlich auf den Juristen Cascellius zurückgeht.

[3] Arbitrarius knüpft in seinen Bedeutungen an arbitrium an, nicht an arbiter. Ein iudicium mit arbiter heißt arbitrium, nicht iudicium arbitrarium. Auf das schol. des Stephanus bei Zachariae suppl. p. 70 hätte sich Biondi (S. 12 f.) für seine Behauptung nicht berufen sollen. Denn einerseits ist die Lesung ἀρβιτραρίαν sehr unsicher; gelesen hat Zachariä (l. c. n. *p*.) ενβιτρ—ρ'. Andererseits aber ergibt sich aus den Quellen, daß die in Frage stehende actio de usufructu (E. P.[2] 356) eine Arbiträrklausel gehabt haben muß; denn wenn als Aufgabe des Geschworenen in D. 7, 1, 7 § 2. 3 ein Zwang zum reficere, in 13 § 2 ein solcher zum gehörigen

3. Noch viel weniger Gewicht als das eben besprochene Argument hat ein anderer Einwand, den Biondi (S. 17) aus Gaius entnimmt. Er fragt: wenn die Bezeichnung actiones arbitrariae klassisch und die clausula arbitraria das charakteristische Merkmal dieser Formelgattung gewesen wäre, wie hätte Gaius da, wo er die Bestandteile der Formeln beschreibt (IV 39—44) und wo er das Prinzip der condemnatio pecuniaria feststellt (IV 48), von den actiones arbitrariae schweigen können? Dies arg. e silentio beweist zu viel und darum nichts. Das wirklich auffallende bei dem Schweigen des Gaius ist nämlich doch offenbar, daß er a. a. O. das Vorkommen der Arbiträrklausel nicht erwähnt. Nahm er an dieser Lücke seiner Darstellung keinen Anstoß, so brauchen wir uns nicht weiter darüber zu wundern, daß er uns den Namen der mit dieser Klausel ausgestatteten Formeln verschweigt.

4. Der Ausdruck »actio arbitraria« als Gattungsbezeichnung findet sich nicht bloß in den Institutionen, sondern auch in zwei Digestenstellen[1]. Biondi hält ihn beide Male für interpoliert. Zunächst in D. 14, 2, 14 § 4:

> Haec autem actio cum arbitraria sit, [habet reus licentiam usque ad sententiam ab arbitro datam restitutionem, secundum quod supra diximus, rei facere]: quod si non fecerit, iure meritoque quadrupli condemnationem patietur.

Kein Zweifel, daß in dieser Stelle die eingeklammerten Worte auf Rechnung der Kompilatoren zu setzen sind[2]. Ob wir ihnen auch die Eingangsworte (und den Schlußsatz), zuzuschreiben berechtigt sind, wird wesentlich davon abhängen, ob die actio m. c. eine Formel mit Arbiträrklausel hatte. Eben dies, bisher allgemein angenommen, wird von Biondi bestrittten, aber wie mir scheint, mit keineswegs ausreichenden Gründen. Er beruft sich darauf, daß ausweislich der Quellen das Edikt über die actio m. c. das Unterbleiben der Restitution als Bedingung

---

uti bezeichnet wird, so muß ihm die Formel durch eine Arbiträrklausel die Handhabe zur Erfüllung dieser Aufgabe geboten haben, eine Klausel, über deren uns unbekannte Fassung wir uns den Kopf nicht zu zerbrechen brauchen. Dann aber würde die Bezeichnung arbitraria, wenn sie Stephanus gebraucht, auch nach der herrschenden Ansicht durchaus gerechtfertigt sein.

[1] Warum so selten? Ich meine, das läßt sich eher erklären, wenn die Terminologie aus klassischer Zeit überkommen, für die Byzantiner aber recht unwichtig war, als wenn man darin eine Erfindung der Byzantiner erblickt, von der sie dann doch keinen Gebrauch gemacht hätten. Es geht daher nicht an, die Tatsache als Argument gegen die Klassizität des Ausdrucks zu verwerten.

[2] Vgl. die bei Biondi, S. 24[1] Angef. Dazu auch May a. a. O. S. 151 n. 2.

der Verheißung der actio gesetzt habe, und daß eben deshalb die gleiche Bedingung nicht in der Formel als Bedingung der Kondemnation habe figurieren können. Dementsprechend sei auch in D. 4, 2, 14 § 11 »et hoc fit his verbis edicti: neque ea res arbitrio iudicis restituetur« nicht etwa, wie ich es für richtig halte[1], »edicti« durch »formulae« zu ersetzen, sondern als Originallesart festzuhalten und vielmehr statt »iudicis« zu setzen: »meo«, d. h. praetoris. Das Verfahren bei der actio m. c. sei so zu denken, daß der Prätor vor Gewährung der actio ein arbitrium de restituendo erlassen habe. Habe der Beklagte diesem arbitrium Gehorsam geleistet, so sei es gar nicht zur Litiskontestation gekommen. Im umgekehrten Fall aber habe der Prätor einfach actio in quadruplum gewährt ohne Arbiträrklausel und also ohne die Möglichkeit, die Kondemnation noch durch Restitution während des Prozesses abzuwenden, eine reine actio poenalis. Statt der bisher allgemein der Formel zugeschriebenen Arbiträrklausel habe man vielmehr eine auf den Zeitpunkt der Litiskontestation zurückverweisende Klausel »eamque rem redditam non esse« zu unterstellen (S. 68).

Ich kann diesen Ausführungen nach keiner Richtung beitreten. Daß freilich das Edikt über die actio m. c. die negative Bedingung »nisi restituet« oder »neque restituetur« enthielt, ist zweifellos; ich selbst habe in meinem Edikt ausdrücklich darauf hingewiesen[2]. In D. 4, 2, 14 § 1 ist diese Ediktsklausel deutlich bezeugt:

Si quis non restituat, in quadruplum in eum iudicium pollicetur.

Sie ist in D. 4, 2, 9 § 7. 8, 12, 14 pr. eingehend kommentiert. Aber durchaus fehl geht der Schluß, daß aus der Existenz einer solchen negativen Bedingung im Edikt die Nichtexistenz der Arbiträrklausel in der Formel zu folgern sei.

Umgekehrt: die Existenz der Arbiträrklausel in der Formel ist mit der Existenz eines »neque restituetur« im Edikt nicht nur vereinbar, sondern fordert geradezu eine solche Klausel im Edikt, fordert sie wenigstens dann, wenn das Edikt in seiner Fassung der Absicht des Prätors genau entsprechen sollte. Wollte der Prätor die actio m. c. mit Arbiträrklausel ausstatten und hätte er gleichwohl im Edikt einfach gesagt: »si quid m. c. factum esse dicetur, in quadruplum iudicium

---

[1] E. P.[2] 110 n. 6.

[2] Ich vermute etwa folgenden Wortlaut: quod m. c. factum erit neque restituetur, de eo in quadruplum iudicium dabo.

dabo«, so hätte er sich im Ausdruck seines Gedankens vergriffen. Das so gefaßte Edikt hätte die nicht beabsichtigte Erwartung erregen müssen, daß der Kläger schon wegen der bloßen Tatsache der Erpressung eine condemnatio in quadruplum werde erzielen können, und daß vorherige Restitution daran nichts zu ändern vermöge. Auch vom Standpunkt der herrschenden Meinung, und gerade von ihrem Standpunkt, ist es vollkommen korrekt, wenn es in D. 4, 2, 14 § 3 i. f. heißt: »non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur«. Es ist ganz willkürlich, wenn Biondi das »nisi restituet« oder »neque restituetur« des Edikts nur von der Restitution ante litem contestatam verstehen will; es bezieht sich vielmehr ganz ebenso auch auf die Restitution in der Zeit zwischen der Litiskontestation und dem Urteil. Um den ihr von Biondi zugeschriebenen Sinn zu haben, hätte die Ediktsklausel nach den Regeln der consecutio temporum, die im Ediktsstil streng beobachtet wurden, anders lauten müssen, so lauten müssen, wie sie im Edikt de publicanis (E. P. § 183) wirklich lautet, nämlich: si id restitutum non erit (D. 39, 4, 1 pr.)[1]. Von dieser Klausel sagt Gaius D. 39, 4, 5 pr. mit Recht: »Hoc edicto efficitur, ut ante acceptum quidem iudicium restituta re actio evanescat, post acceptum vero iudicium nihilo minus poena duret«. So aber war, wie die Kommentare dartun, die Restitutionsklausel im Edikt über die actio m. c. eben nicht gefaßt.

Biondis Auffassung stimmt also nicht zu den Quellen; sie führt aber überdies auch zu sachlich ganz unmöglichen Konsequenzen. Er läßt, statt des iudex, den Praetor ein arbitrium de restituendo erlassen. Um aber ein solches erlassen zu können, hätte der Praetor zuvor über den gesamten Prozeßstoff kognoszieren müssen, d. h. nicht etwa bloß, wie er es bei dem Begehren der in integrum restitutio tat, über die Frage, ob der Kläger Opfer einer Erpressung gewesen sei, sondern auch weiter darüber, welcher Rechtszustand ohne die Erpressung gegeben, also wiederherzustellen sein würde, und ob er nicht etwa bereits wiederhergestellt sei. Hatte der Praetor auf der Grundlage einer solchen Kognition sein arbitrium erlassen, so hätte er weiter abwarten müssen, ob dem arbitrium Folge geleistet werde; denn nach Biondi hätte er ja nur für den Fall der Nichtrestitution actio verheißen. So wäre für

---

[1] Wenn ich E. P.[2] 127 in die Formel der actio de recepto auf Grund des »nisi restituent« des Edikts ein »neque restituisse« setzte, so kann ich das nicht mehr aufrecht halten.

den iudex als einzige Aufgabe übrig geblieben, in quadruplum zu kondemnieren; alles andere wäre durch den Praetor bereits erledigt gewesen[1]. Eine derartige Verteilung der Aufgaben zwischen Praetor und Judex, die dem einen die ganze Kognition auflädt, den andern das Urteil sprechen läßt, ist im römischen Recht unerhört; sie wäre unglaublich unpraktisch gewesen, und daß tatsächlich die Sache anders verlief, nämlich der Judex kognoszierte, ergibt sich klar aus dem Kommentar Ulpians zur Formel, D. 4, 2, 14 § 3[2]:

In hac actione non quaeritur, utrum is qui convenitur an alius metum fec(*er*)it: sufficit enim hoc docere metum sibi illatum vel vim et ex hac re eum qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse.

Nach alledem glaube ich, unbedingt daran festhalten zu müssen, daß die actio m. c. die Arbiträrklausel enthielt, und daß, wie ich das im E. P. und in der Palingenesie angenommen habe, der Kommentar dazu bei fr. 14 § 4 begann, und sehe daher auch keinen ernsthaften Grund, die Echtheit der Worte »haec autem actio, cum arbitraria sit« anzuzweifeln. Man kann nun freilich fragen, wie es denn komme, daß wir hinter diesem m. E. klassischen Eingang einen auch nach klassischem Recht richtigen Satz — daß nämlich die in dem Urteil erfolgte Restitution die condemnatio in quadruplum abwende — in einer Sprache ausgedrückt finden, die ganz unleugbar die Hand der Kompilatoren verrät. Das ist aber vielleicht nicht so gar schwer zu erklären. Über den Inhalt der vorzunehmenden Restitution hatte sich Ulpian schon in seinem Kommentar zum Edikt (fr. 9 § 7 sq.) geäußert. Es liegt nun sehr nahe, daß er in seinem Kommentar zur Formel das Prozessualische nachholte, d. h. von der Form und Bedeutung des arbitrium, den dem Beklagten etwa zu gewährenden Fristen und ähnlichem handelte; dies um so eher, als die actio m. c. die erste actio arbitraria war, der Ulpian bei seiner Bearbeitung des Edikts begegnete. Eine derartige

[1] Insbesondere wäre ein »eamque rem redditam non esse«, wie es Biondi S. 68 annimmt, in der Formel nicht am Platz gewesen. Eine solche Klausel war angemessen, wenn im Edikt stand: si id restitutum non erit oder esse dicetur, nicht aber, wenn der Praetor Voraussetzungen und Inhalt des Anspruchs bereits durch einen Bescheid festgestellt hatte, dem es nur noch nachzukommen gegolten hätte.

[2] Die Stelle bildet den Anfang des Kommentars zur Formel; sie bezieht sich auf das »s. p. metus causa usw.« der Formel. Die Anzweiflung dês Passus durch Beseler, Beiträge I 48, 75 halte ich nicht für gerechtfertigt.

Ausführung konnten die Kompilatoren nicht brauchen und ersetzten sie daher durch eine Rückverweisung auf das zuvor Gesagte. Wenn dagegen die Formel kein arbitrium de restituendo vorgesehen hätte, wäre es ganz unerklärbar, daß die Digesten genau an der Stelle, wo Ulpian im Kommentar zur Formel die Arbiträrklausel, wenn sie in der Formel stand, behandelt haben muß, Ausführungen enthalten, die, interpoliert oder nicht, doch jedenfalls von den Digestenredaktoren an das arbitrium de restituendo angelehnt werden.

Eine Bestätigung unseres Ergebnisses gewähren die Institutionen 4, 6, 27:

> Item actio de eo, quod metus causa factum sit, a ceteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt, quod [eius natura tacite continetur] ut, qui iudicis iussu ipsam rem actori restituat, absolvatur.

Diese Stelle ist, wie seinerzeit Longo[1] nachgewiesen hat, insofern interpoliert, als in ihrer Vorlage anstatt der eingeklammerten Worte eine Verweisung auf den Formelwortlaut stand. Im übrigen ist sie in tadellosem Latein abgefaßt und absolut unverdächtig[2].

5. Die zweite Digestenstelle, worin iudicia arbitraria als Gattungsbezeichnung vorkommt, ist D. 22, 1, 3 § 1:

> In his quoque iudiciis, quae non sunt arbitraria nec bonae fidei, post litem contestatam actori causa praestanda est in eum diem, quo sententia dicitur: [certe post rem iudicatam tempus a fructibus dependendis immune est.]

Biondi (S. 24) ruft hier aus: »che strano giro di parole avrebbe adoperato qui Papiniano, il più conciso ed il più rapido dei giuristi romani, per designare i giudizi di stretto diritto!« Aber ist es denn wahr, daß hier gerade nur die iudicia stricti iuris bezeichnet werden sollten? Sind denn alle iudicia, die weder eine Arbiträrklausel noch

---

[1] Studi Scialoja, I 615, Bullett. XVII 46 f.

[2] Insbesondere sehe ich auch keinen Verdachtsgrund darin, daß die Worte »a ceteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt« sich ebenso in I. 4. 6, 26 finden (Biondi S. 48). Diese Worte waren hier wie dort der genaue adäquate Ausdruck des Gedankens. Sollten sie aber in einem der beiden Paragraphen interpoliert sein, so wäre dies sicher § 26, nicht § 27. Denn in § 26 wäre statt »differt« sprachrichtig »differunt« zu erwarten, und die Inkorrektheit wirkt um so härter, als auf den unrichtigen Singular gleich darauf der Plural folgt: furti nec manifesti actio et servi corrupti a ceteris ..... eo differt, quod hae actiones omnimodo dupli sunt.

die Worte ex fide bona enthalten, iudicia stricti iuris[1]? Sind es insbesondere all die zahllosen iudicia in factum concepta? Wenn Papinian im Original die Frage der praestatio causae zunächst für die actiones arbitrariae, dann für die b. f. actiones besprochen hatte, so war für den Fortgang der Erörterung die von ihm in D. 22, 1, 3 § 1 gebrauchte Wendung einfach die gegebene. Papinian hatte aber in diesem Zusammenhang von den Aktionen mit Arbiträrklausel zu reden alle Veranlassung[2]. Redete er gleichwohl nicht davon, oder haben die Kompilatoren diesen Teil der Erörterung nicht aufgenommen, so erscheint es doppelt unglaublich, daß sie gleichwohl in D. 22, 1, 3 § 1 die Worte »quae non sunt arbitraria« hineininterpoliert haben sollen.

6. Es bleibt uns noch eine letzte Stelle zu betrachten, für die Lehre Biondis die gefährlichste von allen, weil sie einer vorjustinianischen Quelle entstammt; es ist der Eingang des fragm. de formula Fabiana. Das Manuskript, soweit erhalten, gibt hier, unter Auflösung der Abkürzungen folgenden Wortlaut (die ungefähre Zahl der in den Lücken der Handschrift fehlenden Buchstaben ist durch die Punkte angedeutet):

oluntiduas (sunt qui contra[3] sen . . . .
ractu venit et cum eo contrahetur . . . . atur formula
quasi ex delicto venerit liberti et est in fa . . . . bitraria[4])
etiam vivere huic dic . . alienatum esse quis . . . . ipio accepit
alienationem nobis a domini translationem referentibus.

Ich habe diesen Text seinerzeit[5] folgendermaßen wiederhergestellt:

oluntiduas sunt qui contra sen*tiunt teneri eum quia haec actio ex cont*ractu venit et cum eo contrah*i*tur (*licet ita concipi*atur formula

[1] Das scheint Biondi S. 32 in der Tat anzunehmen. Denn er spricht dort von »due categorie, in cui la tecnica del diritto classico distribuiva tutte le azioni: iudicia stricta e iudicia bonae fidei«. In dem gleichen Irrtum scheint auch Arangio-Ruiz, Bullett. XXV 142 n. 2, befangen, der nicht bloß den Eingang und Schluß, sondern die ganze Stelle für ein Einschiebsel hält.

[2] Wenn Arangio-Ruiz a. a. O. sich darauf beruft, daß die Stelle nicht in den Zusammenhang des 20. Buches von Papinians Quästionen passe, das de fideicommissis gehandelt habe, so muß darauf hingewiesen werden, daß gerade in Quästionen- und Disputationenwerken derartige Abschweifungen keineswegs selten sind. Vgl. z. B. gerade aus Lib. XX cit. auch D. 26, 9, 3. Welche Ausführungen vor fr. 3 § 1 cit. weggefallen sind, wissen wir nicht.

[3] Möglich, aber unwahrscheinlich wäre auch die Auflösung »con«.

[4] Nicht itraria, wie Biondi will. Das b ist zwar nur teilweise erhalten, aber unverkennbar.

[5] Bullett. II 142.

quasi ex delicto venerit liberti) et est in fa*ctum et ar*bitraria. etiam Viv*ianus vere* huic dic*it* alienatum esse qui s*ervum manc*ipio accepit, alienationem nobis a*d* domini*i* translationem referentibus.

Nicht jedes Wort ist hier unzweifelhaft. Statt »*teneri eum quia haec*« könnte z. B. auch gestanden haben »quia Fabiana«. Viv*ianus vere*[1] statt vivere ist nur eine allerdings m. E. sehr wahrscheinliche Konjektur. Servum gegen den Schluß hin ist vielleicht besser zu streichen[2]. In der Hauptsache aber halte ich die obige Rekonstruktion für gesichert, aus den Gründen, die ich a. a. O. dargelegt habe. Insbesondere kann, wie ich glaube, über den erörterten Fall kein Zweifel sein. Es ist derjenige, auf den § 4 des Fragments als bereits behandelt zurückweist: *si* quis iussit alii mancipare, ut iam diximus. Wenn der Dritte, an den der Freigelassene in fraudem patroni veräußern wollte, ihn angewiesen hat, statt seiner einem Andern zu manzipieren, geht dann die Fabiana gegen jenen oder gegen diesen oder gegen jeden von beiden? Über diese Frage bestand in klassischer Zeit eine Kontroverse. Wir erfahren aus D. 38, 5, 12, daß Javolen in dem dort behandelten Fall nur denjenigen haften ließ, qui iussit, und diese Entscheidung war in dem Abschnitt, der den Anfangsworten des fr. de form. Fab. vorausging, referiert. Denn in dem gleich folgenden § 2 des Fragments, wo eine nahe verwandte Frage erörtert wird — si quis pro muliere dotem dederit, quis teneatur hac formula —, heißt es: sed in proposito et Iavolenus confitetur cum viro actionem esse, Worte, aus denen sich ergibt, daß zuvor eine andere Entscheidung Javolens erwähnt worden sein muß, nach der man jene nicht hätte erwarten sollen, und das ist offenbar die in D. 38, 5, 12 erhaltene. Daß aber diese letztere Entscheidung nicht unbestritten war, sehen wir deutlich aus dem Schluß des angeführten § 1 unseres Fragments. Wenn der hier zitierte Jurist, wer es auch sein mag, erklärt: »veräußert« sei an den, dem manzipiert worden sei — insofern nämlich der Begriff »Veräußerung« auf die Übertragung des Eigentums bezogen werde —, so kann das nichts anderes besagen wollen, als daß dieser Jurist die Fabiana gegen den

---

[1] Nebenbei: aus dem »vere« kann nicht etwa geschlossen werden, daß der Verf. des Fragmentes dem Vivianus beistimmt. Denn es steht dahin, ob das Wort »vere« zu »dicit« und nicht vielmehr zu »alienatum« zu ziehen ist.

[2] Bullett. II 144 n. 2.

bui mancipio accepit oder jedenfalls doch auch gegen ihn gewähren wollte[1].

Gehen wir von diesen Resultaten aus, so kommen wir notwendig zu der Annahme, daß die in der lückenhaften Handschrift auf »sunt qui contra sen*tiunt*« folgenden Worte die Motivierung enthielten, womit die Dissentienten ihre von Javolenus (und vielleicht noch anderen) abweichende Meinung rechtfertigten, und diese Motivierung muß sich mit der am Schluß des § 1 erwähnten, von mir dem Vivianus zugeschriebenen Äußerung, wie aus dem etiam hervorgeht, nahe berührt haben. Nach meiner Rekonstruktion würde der motivierende Satz so lauten: quia haec actio ex *cont*ractu venit et cum eo contrah*i*tur (*licet ita concipi*atur formula, quasi ex delicto venerit liberti) et est in fa*ctum et ar*bitraria. Zu den Textergänzungen sei folgendes bemerkt. Als Subjekt zu dem gar nicht zu vermeidenden »*ex cont*ractu venit« kann nur actio gedacht werden und nicht formula, da ja das Wort formula unmittelbar darauf in dem Satze ebenfalls auftritt und die Gegenüberstellung des »*ex cont*ractu venit« und des »quasi ex delicto venerit liberti« darauf deutet, daß der Jurist hier einen Gegensatz zwischen der wirklichen Grundlage der actio und dem durch die Formelfassung erweckten Scheine hervorhob. Eben diese Erwägung rechtfertigt auch die Ergänzung »*licet ita concipi*atur formula«. Für absolut sicher halte ich die Ergänzung in fa*ctum et ar*bitraria. Ich wüßte nicht, was hinter in fa und und vor bitraria anderes gestanden haben könnte. Wenn Biondi (S. 26) dagegen einwendet, in der Lücke müßten nach dem Raum, den sie einnehme, mehr als 8 Buchstaben gestanden haben, so beruht dies auf einem Irrtum. Vergleicht man auf der Phototypie, die Pfaff und Hofmann ihrer Ausgabe beigefügt haben, die hier in

---

[1] Vielleicht war dies auch die Meinung des Paulus, der in D. 38, 5, 5 pr. sagt: Tenetur Fabiana actione tam is qui accepit ipse quam qui iussit alii dari id quod ipsi donabatur. Doch ist dies sehr unsicher; denn unter dem is qui accepit ipse braucht nicht jemand verstanden zu werden, qui alterius iussu accepit; es kann auch einfach an den Beschenkten selbst gedacht sein.

[2] Ein Konjunktiv ist an dieser Stelle unbedingt gefordert. Die Ergänzung eines Indikativs (z. B. datur oder accommodatur) wird durch das folgende »et est in fa*ctum*« unmöglich gemacht. Denn hätte vor formula ein Indikativ gestanden, so müßte auch das folgende »et est« auf formula bezogen werden. Unsere Quellen kennen aber zwar formulae in factum conceptae und actiones in factum, nicht aber formulae in factum.

Betracht kommende Z. 4 mit der nächsten ganz erhaltenen Z. 6, die mit dem Wort referentib beginnt, so bemerkt man, daß das b von bitraria senkrecht über dem ti in referentib steht, d. h. über dem 8ten und 9ten Buchstaben der Zeile; daraus ergibt sich, daß vor bitraria nicht mehr als 7 bis 8 Buchstaben ausgefallen sein werden.

Aber Biondi hat Bedenken gegen die gedachte Ergänzung nicht bloß aus diesem äußerlichen, sondern auch aus einem inneren, sachlichen Grunde. Er versteht nicht, welche Bedeutung in diesem Zusammenhange der Eigenschaft der Fabiana als actio in factum et arbitraria habe zukommen können. Um darüber ins Klare zu kommen, wird es zunächst notwendig sein, auf die Fassung des Fabianischen Edikts und der Fabianischen Formel etwas näher einzugehen. Der Bericht, den Ulpian 44 ad ed. in D. 38, 5, 1 pr. über den Inhalt des Fabianischen Edikts erstattet, gibt dessen Wortlaut nicht genau wieder. Als Bedingung für Gewährung der actio wird hier angegeben: si quid dolo malo liberti factum esse dicetur . . . , quo minus quam pars debita bonorum ad eorum quem perveniat, qui contra tabulas bonorum possessionem accipere possunt. Im Edikt aber (wie auch in der proponierten Musterformel [1]) war, wie wir wissen, ausdrücklich von dem Fall, daß der Freigelassene mortis causa dolove malo eine Veräußerung vorgenommen habe, die Rede, vgl. D. 38, 5, 1 § 1, die gleich auf das obige Referat folgende Stelle:

> Si alienatio dolo malo facta sit, non quaerimus, utrum mortis causa facta sit an non sit: omni enim modo revocatur. si vero non sit dolo malo facta, sed alias, tunc actori probandum erit mortis causa factam alienationem.

Wahrscheinlich hieß es im Edikt kombiniert:

> Si quid mortis causa dolove malo liberti alienatum aliudue quid factum esse dicetur . . . , quo minus usw.

Eine so weite Fassung des Edikts war bei der ungemein großen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle, bei denen es sich ja keineswegs immer um eine eigentliche Veräußerung handelte, durch den Zweck des Edikts geboten. Aber eben wegen dieser Verschiedenartigkeit der Tatbestände mußte der Prätor auf eine entsprechend allgemeine Fassung auch der Formel verzichten und sich vorbehalten,

---

[1] Vgl. fr. de form. Fab. § 6: nam in formula ita est: mortis causa dolove malo.

sie nach Maßgabe des Einzelfalles in factum zu formulieren[1]. Die Notwendigkeit dieser cognitio praetoris wird in D. 38, 5, 1 pr. am Schluß des Ulpianischen Referats ausdrücklich hervorgehoben: cognoscit praetor et operam dat, ne ea res ei fraudi sit. Nun versetze man sich in die Lage des Prätors, dem der uns beschäftigende Fall vorlag: si libertus, cum fraudandi patroni causa Seio mancipare vellet, Sei iussu Titio mancipio dederit. Sicherlich: der Wortlaut des Edikts stand der Gewährung der actio gegen Seius nicht im Wege. Hätte man auch das Vorhandensein einer eigentlichen alienatio an Seius hier verneinen wollen, so traf doch die Klausel »aliudve quid factum esse dicetur« ohne jeden Zweifel zu. Die Geldkondemnation ferner machte keine Schwierigkeit, da man ja dem Seius als dem Destinatär der Zuwendung das ganze mit seinem Willen vorgenommene Geschäft auf Rechnung schreiben durfte. Und wenn zwischen Seius und Titius ein Rechtsverhältnis bestand, kraft dessen Seius jenen zur Herausgabe anhalten konnte, so behielt auch der kraft der Arbiträrklausel der Formel zu erlassende Restitutionsbefehl seinen guten Sinn: der iudex konnte den Seius nötigen, sei es von seiner Zwangsmacht gegen Titius Gebrauch zu machen sei es seine actio gegen Titius dem Kläger abzutreten. Dies sind denn in der Tat auch im wesentlichen die Argumente, die Javolen in D. 38, 5, 12 für seine Entscheidung anführt:

Libertus cum fraudandi patroni causa fundum Seio *tradere* vellet, Seius Titio mandavit, ut eum accipiat, ita ut inter Seium et Titium mandatum[3] contrahatur. quaero, post mortem liberti patronus utrum cum Seio dumtaxat qui mandavit actionem habet, an cum Titio qui fundum retinet, an cum quo velit agere possit? respondit: in eum, cui donatio quaesita est, [ita tamen si ad illum res pervenerit[4]], actio datur, cum omne negotium quod eius voluntate gestum sit, in condemnationem eius conferatur, nec potest videri id praestaturus quod alius possidet, cum actione mandati consequi rem possit, ita ut aut ipse patrono restituat aut eum cum quo mandatum contraxit restituere

[1] Vgl. auch die Scholien in Basil. XXII 1, 6 und XLII 1, 16 § 6 (Heimb. II 466, IV 201).

[2] D. 38, 5, 5 § 1.

[3] Die Frage, ob im Original statt von Mandat von fiducia die Rede war, kann hier dahingestellt bleiben. Vgl. dazu Gradenwitz, ZRG. XXII 402; Heck, daselbst XXIII 132.

[4] Hierzu Heck a. a. O. 133.

cogat. [quid enim dicemus si is, qui in re interpositus est, nihil dolo fecit? non dubitabimus, quin omnimodo cum eo agi non possit. quid enim? non potest videri dolo fecisse, qui fidem suam amico commodavit quam alii quam sibi ex liberti fraude adquisiit][1].

Aber man beachte wohl, daß Javolen hier nicht etwa allgemein den Fall »si libertus Sei iussu Titio mancipio dederit« entscheidet, sondern daß er zwischen Seius und Titius gerade ein Rechtsverhältnis der soeben erwähnten Art unterstellt. So wie man sich dieses Rechtsverhältnis wegdenkt, wird seine Entscheidung unhaltbar. Denn nach den Grundsätzen der Fabiana, die auf Seiten des zu Belangenden keinen dolus, kein Delikt voraussetzt[2], haftet der Beklagte nur, wenn und soweit er durch die Zuwendung des Freigelassenen bereichert ist[3]. Gesetzt also, Seius hätte das ihm zugedachte Grundstück dem Titius geschenkt, so hätte er nichts zu restituieren gehabt und nicht kondemniert werden dürfen. Und hier nun werden die Juristen, die eine Haftung des Titius als des unmittelbaren Empfängers des Grundstücks annahmen, eingehakt haben. Die actio Fabiana, so mußten sie ausführen, habe ihre Grundlage nicht in einem Delikt, sondern in dem von dem Freigelassenen mit dem zu Belangenden abgeschlossenen Kontrakt, und es sei nicht zu leugnen, daß in der Manzipation ein Kontrakt des Freigelassenen mit dem Manzipatar liege. Das Fabianische Edikt ferner lasse dem Prätor die Freiheit, die actio nach Maßgabe des Einzelfalles formuliert zu gewähren, und es sei nicht abzusehen, warum er sie nicht gegen den Manzipatar gewähren solle, da wo diesem durch die Manzipation eine Bereicherung zugekommen sei. Die Fabiana werde endlich, wie sich aus der Arbiträrklausel ergebe, rei restituendae gratia gegeben, um dem Patron das zu seinem Nachteil veräußerte Vermögensstück wieder zu verschaffen: sei es da nicht das natürlichste, sie unmittelbar gegenüber demjenigen zuzulassen, der dies Vermögensstück habe und zu restituieren in der Lage sei[4], statt den Patron ausschließlich auf die Klage wider

[1] Der ganze Schluß ist — mindestens zum Teil jedenfalls durch Interpolationen — verderbt, vgl. Heck a. a. O. Wir lassen ihn ganz außer Betracht.

[2] D. 38, 5, 1 § 4. 12. 24. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied der Fabiana gegenüber den Rechtsmitteln, die bei alienatio in fraudem creditorum Platz greifen.

[3] D. 38, 5, 1 § 12. 13; 10.

[4] Ich gebe hiermit lediglich die zu unterstellende Argumentation der Dissentienten wieder und habe auch Bullett. II 147 nichts anderes getan. Aber auch

den Andern zu verweisen, der selber höchstens einen Anspruch auf Restitution habe, einen Anspruch überdies, über dessen Existenz der klagende Patron sehr oft keine sichere Kunde haben wird? Das aber sind gerade die Argumente, die in dem uns beschäftigenden Passus des fr. de form. Fabiana für die Zuständigkeit der actio wider den Manzipatar angeführt werden: quia haec actio ex contractu venit et est in factum et arbitraria. Wohl mag bei dieser Begründung die Kürze des gegebenen Hinweises auffallen. Aber wir müssen erwägen, daß, was uns erhalten ist, nur den Abschluß einer vielleicht recht langen Erörterung bildet, und daß im Vorhergehenden über Zweck und Bedeutung der Fassung in factum und der Arbiträrklausel schon ausführlich gehandelt gewesen sein kann. In der Erörterung über die Ansicht des Javolen mögen die fraglichen Gegenargumente schon berührt worden sein, so daß es hier nur einer kurzen Rekapitulation bedurfte.

Wie aber verhält sich nun Biondi zu dieser Stelle, in der ganz unzweifelhaft eine mit Arbiträrklausel ausgestattete actio als actio arbitraria bezeichnet wird? Er hält den von mir im Bullet. II gemachten Erklärungsversuch für die Worte »est in factum et arbitraria« für gescheitert. Und da er nun die Nichtexistenz einer Aktionengattung »actiones arbitrariae« für das klassische Recht bereits bewiesen zu haben glaubt, so bezweifelt er, wie erwähnt, die Richtigkeit der Lesung »et est in fa*ctum et ar*bitraria«. Die Endung »itraria« möge auf ein Abschreiberversehen zurückzuführen sein, wie es deren im fr. de form. Fab. ja noch mehr gebe. Daneben läßt er die Wahl, ob wir in den anstößigen Worten nicht lieber eine sei es nach-, sei es vorjustinianische Interpolation erblicken wollen. Ich halte ein derartiges Verfahren für schlechtweg unzulässig. Die Ergänzung der Lücke zwischen dem überlieferten »et est in fa« und »bitraria« ist so absolut zwingend, wie Textergänzungen selten zu sein pflegen, und als Subjekt zu dem Satz »et est in factum et arbitraria« ist, wie oben dargetan, kein anderes Wort als actio denkbar. Gesetzt nun, Biondi hätte recht darin, daß wir bei dem fragmentarischen

---

diesen möchte ich hiermit selbstverständlich nicht etwa die unhaltbare Behauptung zugeschrieben haben, daß Aktionen mit Arbiträrklausel ausschließlich gegen den Besitzer zuzulassen seien. Die Widerlegung, die mir Biondi S. 28 f. zuteil werden läßt, ist ein Kampf gegen Windmühlen. Auch im Bull. l. c. habe ich ausdrücklich gesagt: io non voglio affermare che questi argomenti siano assolutamente inoppugnabili, ma sono certamente ragionevoli.

Zustand der Textüberlieferung die Bedeutung, die jener Satz im Zusammenhang des Textes hatte, nicht mehr zu ermitteln vermögen, so gäbe uns das immer noch kein Recht, den sicher gelesenen und sprachlich tadellosen Satz als verderbt zu verwerfen. Wir müsten dann vielmehr einfach sagen: wenn wir auch nicht wissen, was der Verfasser des Fragments mit dem Hinweis auf die Eigenschaft der actio Fabiana als actio in factum und actio arbitraria an dieser Stelle wollte, so bleibt es doch dabei, daß die Stelle diese beiden Eigenschaften und also die Existenz einer Aktionenkategorie »actiones arbitrariae« unverdächtig bezeugt. Ganz phantastisch ist die Vermutung einer nachjustinianischen Interpolation. Möchte auch, was ich nicht zu beurteilen vermag, vom paläographischen Standpunkt aus die Möglichkeit gegeben sein, die Handschrift unseres Fragments statt dem 4. oder 5. Jahrhundert erst dem 6. zuzuschreiben: Abschriften klassischer Juristenschriften aus der Zeit nach der Justinianischen Kompilation sind uns nicht überliefert, und bis auf weiteres ist, angesichts der bekannten Vorschriften Justinians, anzunehmen, daß solche auch nicht mehr angefertigt worden sind[1]. Vorjustinianische Interpolationen endlich sind m. E. allerdings nicht ganz ausgeschlossen; aber häufig sind sie sicher nicht[2], und wer sie behauptet, der hat die Verpflichtung, den Zweck darzutun, den der Interpolator mit seinem Einschiebsel verfolgt haben könnte. Ein solcher Zweck ist in unserem Fall, so weit ich sehe, unfindbar.

Es bleibt also dabei, daß wir in dem fr. de form. Fab. ein klassisches Zeugnis dafür besitzen, daß es eine Aktionengattung gab, die man als arbitrariae bezeichnete, und daß die actio Fabiana in diese Gattung fiel. Für letzteres aber gibt es keine andere Erklärung, als die in D. 38, 5, 5 § 1 bezeugte Tatsache, daß die Formel eine die Restitution vorsehende Klausel enthielt.

7. Ich komme schließlich zu einem Argument Biondis, dem er besondere, zugunsten seiner Ansicht schon für sich allein entscheidende Bedeutung beimißt. Es ist der technischen Bezeichnung der sogenannten actio de eo quod certo loco entnommen. Die Formel dieser actio sah kein iussum de restituendo vor; die actio gehörte also, obwohl die

---

[1] Ob ein gleiches auch für die Schriften der vorjustinianischen Byzantiner gilt, kann hier dahingestellt bleiben. Die Frage dürfte aber zu bejahen sein. Bearbeitet wird man derartige Schriften noch haben, abgeschrieben aber schwerlich.

[2] Vgl. meinen Artikel in ZRG. 47, 378 f.

Kompilatoren der Institutionen sie in § 31 cit. unter den actiones arbitrariae aufführen, nicht in diese Kategorie: das ist zwar nicht unbestritten, aber heute die herrschende Ansicht, die ich von jeher vertreten habe[1] und die auch Biondi teilt. Gleichwohl führt sie in unseren Quellen den Namen actio arbitraria, und der Name kommt für sie sogar weit häufiger vor, als für alle anderen actiones arbitrariae zusammen. Die Erklärung dafür habe ich in meinem Edikt gegeben: die actio de eo quod certo loco führte den Namen nicht als Gattungs-, sondern als Individualbezeichnung; sie war nicht eine, sie war die actio arbitraria, — das ist auch die Meinung Biondis. Aber eben dies benutzt er als Waffe, um die Klassizität der Kategorie »actiones arbitrariae« zu bestreiten. Er hält eine derartig zwiespältige Terminologie, nach der der gleiche Ausdruck bald eine bestimmte einzelne actio, bald eine Aktionengattung bezeichnet hätte, für unmöglich (S. 17).

Wir könnten uns in der Bekämpfung dieser Meinung sehr kurz fassen, wenn wir einer von Hugo Krüger[2] als möglich angedeuteten und neuerlich von Arangio-Ruiz[3] energisch verteidigten Ansicht beizutreten vermöchten. Dieser Schriftsteller nimmt nämlich einen Standpunkt ein, der dem Biondis genau entgegengesetzt ist: für klassisch hält er zwar die Gattungsbezeichnung »actiones arbitrariae«[4], nicht aber die Individualbezeichnung »actio arbitraria« für die actio de eo q. c. l. Und in der Tat, es muß ihm zugegeben werden, daß die letztere Bezeichnung sich vorzugsweise in wahrscheinlich interpolierten Stellen findet[5] und auch aus den übrigen ohne große Mühe entfernt werden

---

[1] Beiträge 57 f., E. P.[2] 237. Vorgänger waren dabei Windscheid, Pand. § 46[4], und Cohn, actio de eo q. c. l. (1877) 135 f.

[2] ZRG. 42, 497.

[3] Bullett. XXV 130 ff. Sein Aufsatz hat zu einer ungewöhnlich heftigen Polemik zwischen ihm und Biondi geführt. Die darauf bezüglichen Artikel finden sich im bullett. XXVI 5 f., 147 f.

[4] Freilich nicht ohne leisen Zweifel, l. c. p. 158.

[5] Nebenbei: ich möchte diese Gelegenheit benutzen, um mich ausdrücklich gegen die Beweiskraft des sogenannten Collinetschen Interpolationsmerkmals zu erklären, das in der ganzen neueren Interpolationsforschung und so auch hier wieder (S. 154) eine Rolle spielt. Collinet (NRH. 34, 81 f.) hält bekanntlich die Anführung einer actio mit ihrem bloßen Namen, ohne Beifügung des Wortes actio oder iudicium, für byzantinisch. Das ist nun, wie aus der Erwähnung der »Fabiana« im fr. de form. Fab. § 8 hervorgeht, schon an sich zu viel behauptet. Was aber er sowohl wie

kann. Entscheidend gegen ihn ist aber m. E. folgende Erwägung[1]. Gesetzt, die Byzantiner hätten den fraglichen Namen für die actio de eo q. c. l. erfunden, so würde es doch dabei bleiben, daß der Name, wo immer wir ihm begegnen, als individueller Name dieser actio erscheint (mit einziger Ausnahme der sicher interpolierten Stelle D. 13, 4, 4 § 1, in der die Motivierung »cum sit arbitraria« auf die Gattungszugehörigkeit hindeuten will). Die Byzantiner würden also den Namen doch nur erfunden haben, um eine technische Bezeichnung für die actio de eo q. c. l. zu haben, und nicht, um sie unter die Gattung der arbitrariae einzureihen. Damit ist aber die Tatsache, daß diese fälschliche Einreihung in I. 4, 6, 31 und D. 13, 4, 4 § 1 gleichwohl erfolgt, unvereinbar. Erklärbar wird sie nur, wenn die Byzantiner den Namen actio arbitraria für die actio de eo q. c. l. schon vorfanden und durch diese unverstandene Bezeichnung irregeführt wurden.

Es muß also daran festgehalten werden, daß unser Ausdruck als Bezeichnung sowohl einer Aktionengattung wie auch einer einzelnen actio vorkommt, und die Frage kann nur sein, ob dies Nebeneinanderstehen zweier verschiedener Bedeutungen so unmöglich ist, wie Biondi glaubt[2]. Bis vor kurzem würde man sich ihm gegenüber auf die Doppelbedeutung auch des Ausdruckes »confessoria actio« berufen haben, der ja sowohl die confessoria in rem actio wie die confessoria legis Aquiliae actio bezeichnet. Das ist, seitdem Segrè den byzantinischen Ursprung der ersteren Bezeichnungsweise nachgewiesen hat[3], nicht mehr möglich. Aber eine ganz unzweifelhafte Analogie bietet der Name actio Serviana, der sowohl eine »species actionis« — qua ficto se herede bonorum emptor agit, Gai. 4, 35 — als eine individuelle

---

diejenigen, die ihm folgen, nicht beachtet haben, ist, daß in allen hierher gehörigen Fällen die Frage offen bleibt, ob die von den Byzantinern vorgenommene Textveränderung nicht lediglich und allein in der Streichung des Wortes actio besteht. Es sollte zu denken geben, daß wir ganz der gleichen Kürzung gelegentlich auch hinsichtlich des Wortes lex begegnen. Die Collatio hat 7, 3, 3: etiam lege Cornelia, 12, 7, 3: Aquilia lege, während in den entsprechenden Digestenstellen (9, 2, 5 pr. und 27 § 8) lediglich et Cornelia und Aquilia zu lesen ist. Die Auslassung des Wortes actio für sich allein beweist m. E. überhaupt gar nichts für eine über die bloße Streichung hinausgehende Interpolation.

[1] S. auch Biondi, Bullett. XXVI 18.

[2] Nicht widerlegt ist m. E. das Argument Biondis durch die Ausführungen Segrès, mél. Girard II 569 f., so viel beachtenswertes diese auch enthalten.

[3] Mél. Girard II 511 f.

actio, die hypothecaria des Verpächters, bezeichnet. Die Gefahr einer terminologischen Konfusion wird von Biondi viel zu hoch eingeschätzt; sie war in Wirklichkeit sehr gering, um so geringer, je weniger die actio de eo q. c. l. mit der Gattung »actiones arbitrariae« zu tun hatte. Überall, wo der Ausdruck im Plural oder in bezug auf eine bestimmte andere actio gebraucht wurde, war ja jede Verwechselung ausgeschlossen; wo er aber die actio de eo q. c. l. bezeichnen sollte, da ergab sich diese Beziehung notwendig aus dem besonderen Tatbestand. Ich kann daher auch diesem Argument Biondis kein Gewicht beilegen.

Hiermit ist erschöpft, was Biondi gegen die herrschende Auffassung der actiones arbitrariae beigebracht hat, und es bleibt nichts, was uns veranlassen könnte, diese Auffassung aufzugeben. Ein Eingehen auf den weiteren Inhalt seiner Schrift, die eine Fülle feiner Beobachtungen enthält und auch da belehrend wirkt, wo sie zum Widerspruch reizt, liegt außerhalb des Rahmens dieses Beitrags.

Die

Anfänge des Familienfideikommisses in Deutschland.

Von

Herbert Meyer.

DAS deutsche Fideikommißrecht des 16. und 17. Jahrhunderts ist noch so gut wie unerforscht. Zwar kann als feststehendes und heute unbestrittenes Forschungsergebnis bezeichnet werden, daß die Familienfideikommisse in Deutschland auf gewisse, schon lange vor der Rezeption des römischen Rechts auftauchende und besonders beim niederen Adel verbreitete Rechtsgeschäfte zurückgehen, die der Erhaltung eines Gutes im Mannesstamm einer Familie dienen sollten [1].

Ebenso steht fest, daß diese deutschrechtlichen Geschäfte nicht die einzige Wurzel des modernen Fideikommißinstitutes bilden, sondern daß dieses aus einer eigentümlichen Vermischung deutscher und römischer Elemente erwachsen ist, indem nach der Rezeption des römischen Rechts die für das römische fideicommissum familiae relictum geltenden Rechtssätze nicht ohne gewaltsame Veränderungen beider Elemente auf die in Deutschland vorgefundenen Erscheinungen angewandt wurden [2].

Es fehlt auch nicht an Darstellungen der deutschen Rechtszustände vor der Rezeption und ebensowenig an dogmengeschichtlichen Untersuchungen über das entstandene Mischgebilde [3]. Aber dabei beging

[1] Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgesch. (6. Aufl. 1913), S. 242, und Art. Familienfideikommiß bei Holtzendorff, Rechtslexikon I (3. Aufl. 1880), S. 792 f.; O. v. Gierke, Art. Gesch. u. Recht der Fideikommisse im Handwörterb. d. Staatswiss. IV (3. Aufl. 1909), S. 104 f. und bei Holtzendorff, Enzyklopädie d. Rechsw. I (7. Aufl. 1913), S. 250; Schröder, Lehrb. d. deutschen Rechtsgesch. (5. Aufl. 1907), S. 298, 742, 771; Hübner, Grundzüge d. d. Privatrechts (2. Aufl. 1913), S. 278; Martin Wolff, Sachenrecht (2. Aufl. 1913), S. 297 und Neugestaltung des Familienfideikommißrechts in Preußen (1904), S. 32 f.; Eugen Huber, System u. Gesch. des Schweiz. Privatrechtes IV (1893), S. 236; Rosin, Jherings Jahrb. 32 (1893), S. 335 ff.

[2] Gierke ebd.; Brunner S. 311 bzw. 793; Hübner, Wolff a. a. O. Ich halte es daher auch nicht für empfehlenswert, den Ausdruck Familienfideikommiß, der das Mischgebilde bezeichnet, auf die deutschrechtlichen Bildungen vor der Rezeption anzuwenden, wie das Richard Schröder a. a. O. und bei Loersch u. Schröder, Urkunden (3. Aufl. 1912), S. XXVIII D 1, tut.

[3] Hier ist in erster Linie zu nennen D. Costa, Entwickelungsgeschichte d. d. Familienfideicommisse, 1864; W. Lewis, Das Recht des Familienfideicommisses,

man einen grundstürzenden Fehler. Beseler[1] hatte die Theorie aufgestellt, daß im Laufe der Neuzeit, seit der Trennung zwischen volkstümlicher Rechtsüberzeugung und gelehrter Rechtsbildung, eine Reihe von Rechtsinstituten, zu denen er in erster Linie die Erbverträge und die Familienfideikommisse zählte, lediglich durch die Doktrin geschaffen worden seien[2]. »Als ein reines Produkt des Juristenrechts« sah man das Fideikommiß an[3], und so kam es, daß man, wie schon Pfaff und Hofmann klagten[4], von dieser »vorgefaßten Meinung ausgehend«, »die Forschungen fast ausschließlich auf die Dogmengeschichte richtete«, während man das Rechtsleben unberücksichtigt ließ und nicht danach fragte, «seit wann und in welchem Umfange in Deutschland Fideikommisse errichtet wurden[5]«. Wenn nun auch in neuerer Zeit einige Spezialuntersuchungen, besonders auf lokalgeschichtlicher Grundlage[6],

---

1868, S. 20 f. Im Gegensatz zu ihnen war ein älterer Forscher, Graf Franz Ludwig von Oettingen, in seiner 1734 erschienenen Helmstedter Dissertation, »Diatriba de fideicommissis«, Kap. I, bemüht, eine wirkliche »Historia fideicommissorum« zu geben; sie ist, wenn sie natürlich auch an den Fehlern, insbesondere der Kritiklosigkeit ihrer Zeit krankt, noch heute zum Teil zu verwenden. Eine recht gute historische Einleitung zum österreichischen Fideikommißrecht, die freilich auf Einzelheiten nicht eingeht, gibt Joseph Voglhuber, Versuch über die Fideicommisse in den Österreichisch-Deutschen Erbländern, Wien 1808, S. 1—20. Er hat hierzu, wie er S. 17 § 17 angibt, die in die Niederösterreichische Landtafel inserierten Urkunden benutzt.

[1] Die Lehre von den Erbverträgen II 1, S. 118 ff. (1837), II 2, S. 75 ff. (1840), Volksrecht und Juristenrecht (1843), besonders S. 91 ff., 299 ff.

[2] Für das Fideikommiß Erbv. II 2, S. 75 ff., System d. gem. d. Priv.-Rs. II (4. Aufl. 1885), S. 812 ff.

[3] So noch Gengler, D. d. Priv.-R. (4. Aufl. 1892), S. 199. Wesentlich abweichend dagegen Gierke bei Holtzendorff I, S. 250, »in der Form ein Erzeugnis des Juristenrechts«.

[4] Comm. z. österr. allg. bürg. Gesetzb. II 2 (1880), S. 265 Anm. 4, und Excurse über österr. allg. bürg. Recht II 2 (1880), S. 163.

[5] So der Tadel von Stobbe, Handbuch d. d. Priv.-Rs. II 2 (3. Aufl. 1897), S. 520 Anm. 2.

[6] Sally Meyer, Beiträge z. Gesch. d. fideikommissar. Substitutionen in Deutschland, Bonner Diss. 1878, und Zeitschrift d. Sav.-Stift. f. Rechtsgesch. I (1880), S. 131; Al. Freih. v. Kallina, Über die Fideikommisse in Böhmen, Juristische Blätter X (Wien 1881), S. 185, Die niederösterreichischen Fideikommißurkunden, ebd. XXXIV (1905), S. 169; Alfr. Sautier, Die Familienfideikommisse der Stadt und Republik Luzern, Berner Diss. 1909; Ernst Kunsemüller, Historische Studien zur Entstehung der westfälischen Familienfideikommisse, Bonner Diss. 1909; Josef Koch, Zur Entstehung der hannoverschen Familienfideikommisse, Göttinger Diss. 1912.

diese Lücke auszufüllen sich bemühten, müssen doch noch die neuesten Gesamtdarstellungen anerkennen, daß die tatsächliche Entwicklungsgeschichte des Familien-Fideikommißrechts »keineswegs ausreichend« erforscht sei[1].

In einem eigentümlichen Gegensatz zu diesem Eingeständnis der Forschung, daß es noch an der erforderlichen rechtshistorischen Untersuchung über die ältesten deutschen Fideikommisse fehle, steht die fast gleich einmütige und oft als sichere Tatsache hingestellte Behauptung, daß der im 17. Jahrhundert lebende Jurist Philipp Knipschild der erste gewesen sei, der auf die deutschen Stammgutstiftungen den römischen Begriff des fideicommissum familiae relictum angewandt habe[2]. Da nun das moderne Institut, wie schon erwähnt, gerade auf der Verquickung des römischen Rechtsgebildes mit deutschen Rechtserscheinungen beruht, so liegt in dieser Behauptung in Wahrheit die Erklärung, daß Knipschild der Schöpfer des modernen Familenfideikommisses sei, daß es vor 1626 oder eigentlich vor 1654 — denn Knipschild hatte in dem ersten Jahre nur eine wenig beachtete Doktordissertation von 53 Seiten Umfang[3] und erst 1654 sein großes Werk (862 Seiten Text und 59 Seiten Index)[4] veröffentlicht — in Deutschland noch keine wahren Fideikommisse gegeben habe. Das wäre schon insofern sehr auffallend, als das Buch anerkanntermaßen

---

[1] So von Gierke, Staatsw. IV, S. 104; Stobbe a. a. O.: »Es fehlt noch an einer eingehenden rechtsgeschichtl. Behandlung des Familienfideikommisses.« Vgl. auch Koch, S. 2. Auch die Begründung zu dem Preuß. Vorläuf. Entw. eines Ges. über Familienfideikommisse (1903), S. 3 betonte, daß die Frage des Ursprungs der Familienfideikommisse noch nicht unbestritten beantwortet sei. Für Österreich F. Hofmann und Ehrenzweig im Österr. Staatswörterb. II (2. Aufl. 1906), S. 21: »So dunkel noch immer die Geschichte dieses Instituts ist . . .«

[2] O. von Gierke bei Holtzendorff: »seit Knipschild«, Staatsw., S. 106: »zuerst Knipschild«, Stintzing, Gesch. d. d. Rechtswissenschaft II (1884), S. 15, 24. Ferner Hübner, S. 279; Lewis, S. 27 ff.; Rosin a. a. O. S. 399: »nach dieser Richtung grundlegend«; Dernburg, Sachenrecht, § 126 Anm. 1: »Die Lehre des Familienfideikommisses begründete Knipschild.«

[3] Diss. inaug. de fideicommissis familiae conservandae causa relectis, Von Stammgütern, Argentorati 1626. Ich finde das Buch zu seiner Zeit nirgends benutzt, nur in der neueren Literatur erwähnt. Wirklich verwertet wurde es, soviel ich sehe, nur in der Berliner Diss. von Karl Polenske, Beiträge zur Lehre vom Deutschen Fideikommißerbrecht (1904), besonders S. 64 f. Anm. 55.

[4] De fideicommissis familiarum nobilium, Von Stammgütern, Ulmae 1654, dann mehrfach neu aufgelegt und nachgedruckt.

von geringem wissenschaftlichem Eigenwert, schlecht geschrieben und voller Widersprüche ist[1]. Seinen unleugbaren Erfolg[2] verdankte es im wesentlichen der Tatsache, daß es die Materie zum ersten Male in voller Breite im Hinblick auf Deutschland, aber unter Heranziehung der gesamten gemeinrechtlichen Literatur — auch der romanischen Länder — behandelte[3]. Aber die Glorifizierung des herzlich unbedeutenden Verfassers als des Schöpfers des deutschen Fideikommißrechts geht, wie mir scheint, auf eine, zunächst sehr vorsichtig abgefaßte Bemerkung Beselers[4] zurück, die dann später von ihm und Andern, wie es so oft geschieht, als bewiesene Wahrheit wiederholt und geglaubt wurde[5].

Auch die Konsequenz, daß es in Deutschland Fideikommisse erst seit Knipschild, also nicht vor dem 17. Jahrhundert, gebe, wurde gezogen[6]. Wer sich auf diesen Standpunkt stellt, sieht sich genötigt,

---

[1] Lewis, S. 283: »weitschweifig und schwerfällig;« Gengler, S. 199: »schwach und schwerfällig«; Widersprüche: Lewis, S. 29. Besonders aber Hofmann, Exkurse II, S. 306 (32): »Nach Form und Inhalt ist es ein recht schwächliches Machwerk, . . . wie unselbständig, wie arm an Gedanken, . . . im wesentlichen eine fleißige Kompilation.«

[2] Stintzing a. a. O.; Allg. D. Biogr. 16, S. 298; Costa, S. 4; Lewis, S. 29 f.; Hübner, S. 279; Gengler, S. 199; von Salza u. Lichtenau, Die Lehre von Familien-, Stamm- und Geschlechtsfideikommissen (1838), S. VI; Hofmann a. a. O.

[3] Insofern kam das Buch offenbar einem Bedürfnis der Zeit entgegen; vgl. die Notiz bei Reyscher, Zeitschr. f. deutsches Recht 15 (1855), S. 16, auf die ich durch Herrn Geheimrat Otto v. Gierke hingewiesen werde: eine im Jahre 1653 in Eßlingen tagende reichsritterschaftliche Versammlung beschloß, »dem Herrn Dr. Knipschild (er war Syndikus zu Eßlingen und hat sein Buch wohl im Manuskript vorgelegt) für seine dem gemeinen Ritterwesen rühmliche Arbeit die dankbare Erkanntnuß mit einem Pokal im Werthe von 100 Reichsthalern aus der gemeinen Kasse zu bezeugen«. Für den wissenschaftlichen Eigenwert des Buches beweist diese Anerkennung vor dem Erscheinen natürlich ebensowenig wie sein späterer durchschlagender Erfolg. Denn es ist bis ins 19. Jahrh. das einzige Werk seiner Art geblieben.

[4] Erbverträge II 2, S. 77: »soviel mir bekannt, findet sich unter den deutschen Juristen des 16. Jahrhunderts noch keine prinzipienmäßige Benutzung des Fideikommisses zu diesem Zwecke. . . . Erst . . . Knipschildt war es vorbehalten, diese Lehre in einem Buche zu verbreiten, welches auf das deutsche Recht einen nachhaltigeren Einfluß als irgend ein anderes ausgeübt hat.«

[5] Schon a. a. O. S. 78 konstatierte Beseler, daß Knipschild auf der Grundlage der früheren Jurisprudenz »ein ganz neues Gebäude errichtet«, und spricht S. 80 von dem von ihm »entwickelten Institut«; im »System II, S. 813 Anm. 1 nennt er ihn später ohne weiteres den »Begründer der Lehre«.

[6] Beseler selbst, System II, S. 814 Anm. 3; dagegen schon Stobbe II 2 S. 522 Anm. 8; aber noch die Begründung des preuß. Entwurfs S. 3 läßt die

Urkunden, wie etwa die Jeltscher Erbvereinigung des Hauses Sauermann (von Saurma) vom 9. Juni 1569[1], die sich als »Substitution und Fideicommiß« bezeichnet und verordnet, daß »solche Güter für und für auf den Mannesnamen und -stamm jedesmal fallen und stammen sollen«, für ein juristisches Unding zu erklären oder von »verständnisloser Anwendung[2]« des römischen Rechtsbegriffes auf ein rein deutsches Geschäft zu sprechen. Merkwürdig nur, daß solche Mißverständnisse im 16. Jahrhundert das übliche waren, wie wir sehen werden, und daß die verständnislos als Fideikommisse bezeichneten Güter dann auch dauernd, und oft bis auf unsern Tag, als Fideikommisse behandelt worden sind. Wer so urteilt, der verkennt die gesamte Rechtsbildung der Rezeptionszeit, welche die lebensvollen Bildungen des deutschen Wirtschaftslebens erbarmungslos ihrer deutschrechtlichen Erscheinungsform entkleidete, um sie mit einem römischen Rechtsinstitute zu identifizieren. Denn man bedurfte ihrer im Leben. Vor den romanisierten Gerichten aber wurde nur anerkannt, was im römischen Kleide einherging. Ein deutsches Rechtsinstitut im römischen Gewande ist nun auch das Familienfideikommiß; seine Entstehung ist vollendet, sobald die beiden Elemente sich mit einander verschmolzen haben.

Eine Entthronung Knipschilds und zugleich einen mächtigen Schritt vorwärts bedeuteten die tiefgrabenden Forschungen Franz Hofmanns[3]. Wenn er nur vereinzelt volle Zustimmung und zumeist nur sehr geteilte und bedingte Anerkennung fand[4], so lag das daran, daß er zugleich

---

Fideikommisse »gegen den Anfang des 17. Jahrhunderts in Deutschland hervortreten«, und eine der neuesten und besten Arbeiten über das Fideikommiß beginnt mit den Worten: »Das Fideikommiß findet sich in Deutschland erst seit dem 17. Jahrhundert.« O. H. R. Gierke, Der Verzicht des Fideikommißbesitzers, Berl. Diss. 1905 (auch in Jherings Jahrb. 49, S. 187), S. 1.

[1] Art. 2. Original Pergament, Schloßarchiv Laskowitz i. Schles., konfirmiert Kaiserlich 1570 März 18 und Bischöflich 1586 Okt. 10 ebenda. Auch (nicht fehlerlos) gedruckt bei Augustin Weltzel, Geschichte des Geschlechts der Saurma und Sauerma, Ratibor 1869 (K. u. U.-Bibl. Breslau), S. 65 ff.

[2] So in einem gleichen Falle Kunsemüller, S. 8.

[3] Zunächst in dem schon zitierten Kommentar von Pfaff und Hofmann, sodann in den Excursen über österr. allg. bürgerl. R. II 2 (1880), S. 169 ff. und in den Juristischen Blättern X (1881), S. 209 ff. Weitaus am bedeutendsten ist jedoch die Untersuchung in den Excursen II 3 (1884), S. 277 ff. (auch besonders erschienen »Zur Gesch. d. Fideikommisse«).

[4] Volle Zustimmung fand er alsbald bei den beiden Germanisten P. von Roth, System d. d. Priv.-Rs. III (1886), S. 753 ff. und Gengler a. a. O. S. 198 ff. Ab-

einen anderen Schritt in der Erkenntnis zurücktat. Der Fortschritt bestand darin, daß er mit aller Entschiedenheit auf die völlige Abhängigkeit hinwies, in der sich Knipschild gegenüber der älteren spanischen und italienischen Rechtsliteratur befindet[1]. Zwar hatte man diese auch früher nicht übersehen[2]; das wäre auch kaum möglich gewesen, da ein Blick in das Buch offenbart, daß es sich auf Zitaten aus den romanischen Juristen aufbaut; auch ist diese Abhängigkeit zumindest von der italienischen Jurisprudenz bei den deutschen Schriftstellern der Rezeptionszeit durchaus die Regel, war es doch das lebende italienische Recht, das zu uns über die Alpen wanderte[3]. Neu aber war Hofmanns Nachweis, daß auch die ganze juristische Konstruktion des Familienfideikommisses als einer dauernden Stammgutstiftung zur Erhaltung des splendor familiae sich bereits bei den romanischen Quellenschriftstellern Knipschilds findet[4]. Das war möglich, da die Justinianische Beschränkung auf vier Generationen bereits durch die italienische Praxis des 16. Jahrhunderts beseitigt worden war[5].

Hofmann war ferner der erste[6], der, wenigstens für Italien und sein engeres Vaterland Österreich, die Praxis der Fideikommißstiftungen jener Zeit untersuchte, mit einem sehr wichtigen und mit wissenschaftlicher Sicherheit und Methode bewiesenen Ergebnis: Es sind zwei durchaus verschiedene Entwicklungsstadien oder Erscheinungsformen dieser gemeinrechtlichen Familienfideikommisse zu unterscheiden, die er ihrer Herkunft nach als die ältere italienische und die neuere spanische Form des Familienfideikommisses bezeichnet[7]. Der wesent-

lehnend Beseler, System II, S. 813, Anm. 1; neuerdings Frommhold, Zeitschr. d. Sav.-Stift. f. R.-G. (1912) G. A. S. 120, Anm. 1; O. H. Gierke, Jherings Jahrb. 49 (1905), S. 187. »Eine gewaltige Übertreibung«: O. v. Gierke, HWB. IV, S. 106. Andererseits folgt die Darstellung, die der Historiker G. v. Below in demselben Werke, Art. Adel, I (3. Aufl. 1909), S. 45 ff., von der Entwicklung gibt, durchaus der H.'schen Lehre. Ähnlich Hermann Krause, Die Familienfideikommisse (1909), S. 185 ff., 206 ff.

[1] Exkurse II, S. 306 (Separatabdruck S. 32).

[2] Costa, S. 3; Lewis, S. 24 ff.

[3] O. v. Gierke, D. Priv.-R. I (1895), S. 14; Brunner, Grundz. d. d. R.-G., S. 262

[4] Exk. II, S. 292 ff. (Separatabdruck S. 18).

[5] Ebenda S. 291 (17), 292 (18), 296 (22).

[6] Denn die Untersuchung v. Inama-Sterneggs, Statistische Monatsschrift, Wien 1883, Jahrg. IX, S. 469 ff. ist erst durch ihn angeregt.

[7] Exk. II, S. 291 (17) f. Er bemüht sich freilich, die älteren italienischen als bloße Mißbildungen römischer Substitutionen zu bezeichnen, die man mißverständlich als

lichste Unterschied zwischen beiden Arten besteht darin, daß dem älteren italienischen Fideikommiß der Gedanke der Individualsukzession nicht wesentlich ist[1], während das spanische Institut eine feste Einzelfolgeordnung, der Regel nach die Primogeniturfolge hat, weshalb diese Güter in Spanien von je als Majorate bezeichnet wurden[2]. Die spanische Form verbreitete sich nun, wie Hofmann[3] nachweist und neuerdings Noack[4] in eingehender Untersuchung unter Hervorkehrung der wirtschaftlichen Ursachen dieser Erscheinung bestätigt hat, zunächst über Unteritalien. Im 17. Jahrhundert ist es in einem großen Teile Italiens herrschend geworden[5]. Dabei war außer wirtschaftlichen Gründen und der öffentlichrechtlichen Bedeutung[6] des Majorates auch der in jener Zeit überwiegende politische Einfluß der spanisch-habsburgischen Monarchie maßgebend[7].

Kein Wunder, daß sich auch in Österreich im 17. Jahrhundert Fideikommißstiftungen finden, bei denen seitens des Stifters ausdrücklich auf das spanische Majorat oder auf das Recht der Granden von Kastilien verwiesen wird[8]. An diesem Punkte beginnt nun der große Irrtum Hofmanns. Da er so einen Zusammenhang der Rechtsentwicklung in Italien, Spanien und Deutschland aufgedeckt hatte, nahm er ohne weiteres an, daß das gesamte deutsche Fideikommißrecht »eine fremde Erfindung, ein welscher Importartikel« sei[9]. Über Österreich

---

Familienfideikommisse bezeichnet habe, während erst die spanischen Majorate das wahre Fideikommiß darstellten. S. auch S. 294 (20). Doch muß er zugeben, daß die italienische Form auch in Gestalt dauernder Anordnungen mit und ohne Individualsukzession erscheint, die die Erhaltung von Gütern im Mannesstamm bezwecken (S. 295 bzw. 21). Darüber unten und Ant. Pertile, Storia del diritto Italiano IV, 2 ed. 1893, S. 151 ff. Hofmann erkennt sogar an, daß sie bis in das 14. Jahrhundert zurückgehen. S. 299 (25).

[1] S. 291 (17) ff.

[2] S. 282 (8) ff.

[3] S. 290 (16) ff., 299 (25).

[4] Zur Entstehung des Adelsfideikommisses in Unteritalien (1911), Münchener Volkswirtschaftliche Studien 113, S. 64 ff., 92 ff. Zustimmend Leonhard, Jahrb. f. Nationalökonomie 99 (1912), S. 677.

[5] Hofmann, Exk. II, S. 299 (25); Pertile, S. 153.

[6] Hofmann, Exk., S. 281 (7) f., 290 (16) f., 297 (23) f.

[7] Ebd. S. 278 (4), 290 (16), 300 (26) f.; Krause a. a. O.

[8] Hofmann, Exk., S. 300 (26) ff., 304 (30) ff., Österr. Staatswb. II (2. Aufl. 1906), S. 21; v. Kallina, Jur. Bl. 34 (1905), S. 182; Krause a. a. O. S. 206 f. (ein ehemaliger Botschafter für Spanien als Familienfideikommißstifter in Österreich).

[9] S. 315 (41).

habe sich das italienisch-spanische Rechtsinstitut nach ganz Deutschland verbreitet; und Knipschild, der ja die ganze welsche Literatur verwertete, und dessen Buch so enorme Verbreitung fand, sei der Träger dieser fremden Propaganda geworden[1]. Handelt es sich schon bei dieser Darstellung Hofmanns um eine Auffassung des Institutes, die es als einen durch die innere Entwickelung nicht gerechtfertigten Eindringling, als einen Fremdkörper im deutschen Recht, erscheinen läßt, so wurde diese Veräußerlichung noch weiter getrieben durch Jene, die, wie Cosack[2], weniger die Zusammhänge der Doktrin, als das Moment der rein tatsächlichen Nachahmung fremder Sitten betonten: »Man ahmte die spanischen Majorate massenhaft nach, wie man eine fremde Mode nachahmt«. Kein Wunder, daß diese Theorie von den Gegnern der Familienfideikommisse weidlich ausgenutzt wurde.

Daß die Theorie unhaltbar ist, haben alle — bisher leider wenig zahlreichen — Forscher erkennen müssen, die sich an der Hand der Quellen mit der Entstehung der Fideikommisse in irgend einem Teile Deutschlands beschäftigt haben. Schon für Österreich stimmt sie nicht[3]; für Westfalen[4], für Hannover[5] ist sie unmöglich. Denn schon zeitlich ist es nichts mit dem Wege, den die Rezeption genommen haben soll. In anderen Gegenden Deutschlands finden sich Fideikommisse gleichzeitig oder früher als in Österreich, dem angeblichen Ausgangspunkt; und allenthalben tauchen sie lange vor Knipschild auf, der die Verbreitung vermittelt haben soll. Nur eines bleibt: Der Einfluß des italienischen und des spanischen Rechts auf die Bildung des gemeinrechtlichen Fideikommißbegriffes. Die spanischen Majorate, die nicht nur von Österreich, sondern auch von Flandern her eindringen[6], finden sich in der Tat nicht vor dem

[1] S. 302 (28) ff., 306 (32) ff.

[2] Bei Gerber, System d. d. Priv.-Rs. (17. Aufl. 1895), S. 138, Anm. 1 c.

[3] Es ist, wie wir sehen werden, nicht richtig, daß die österreichischen Fideikommisse, wie Hofmann und v. Below a. a. O. S. 46, Anm. 1, meinen, nicht vor das Jahr 1600 zurückgehen; Hofmann selbst hatte in mehreren Fällen den Beweis hierfür in Händen, S. 300 (26), Anm. 91, S. 306 (32), Anm. 124, hat sich aber nicht die Mühe genommen, ihn nachzuprüfen.

[4] Kunsemüller, S. 74: »eine Übertragung auf Westfalen ist schlechterdings unmöglich«.

[5] Koch, S. 40.

[6] Die juristische Fakultät zu Löwen wurde schon im 16. Jahrhundert einmal um ein Gutachten über ein in Spanien belegenes Fideikommiß ersucht; Elbertus

17. Jahrhundert in Deutschland, und der Einfluß dieser Rechtsbildungen auf die gemeinrechtliche Doktrin steht in engem Zusammenhange mit dem größeren Werk Knipschilds. Die italienische Einwirkung aber setzte lange vor diesem Autor ein. Sie fällt zusammen mit der Rezeption des römischen Rechts. Das ist Hofmann entgangen, aber auch von der späteren Forschung unbemerkt geblieben.

Die älteste bisher bekannt gewordene deutsche Urkunde, die eine dauernde Stammgutstiftung enthält und bereits zur Zeit ihrer Errichtung von den Beteiligten als fideikommissarische Substitution bezeichnet wurde, ist, soviel ich sehe, das Testament des Grafen Eberhard zu Königstein[1], das als notarieller Akt am 3. Juli 1527 zu Königstein errichtet und am 8. Juni 1528 vom Kaiser bestätigt wurde[2]. Darin verfügt der Graf als letzter seines Stammes über seine Allodialgüter und, kraft besonderer kaiserlicher Ermächtigung, auch über seine Lehen, zugunsten seines Schwestersohnes, des Grafen Ludwig zu Stolberg und Wernigerode, den er zum alleinigen Erben einsetzt. Sollte aber dieser, sei es vor, sei es nach dem Testator, ohne Hinterlassung von »ehelich Erben Manns-Geschlechts« sterben, solle sein Bruder Graf Philipp, »oder wo derselbige auch nicht im Leben, und ohne eheliche Leibes-Erben Manns-Geschlechts verstorben wäre, alsdann Grave Christoffeln, beyde gebohrn Graffe zu Stollbergk, auch seiner Gnaden

---

Leoninus, Centuria Consiliorum, Cons. 97, in der Ausgabe Arnhemii 1656, S. 781 ff. Das Buch ist jedoch nach der Vorrede im Jahre 1583 zuerst erschienen. Und im Jahre 1652 hatte der oberste Gerichtshof von Brabant zu erkennen in Sachen eines spanischen Majorats, das ein in Spanien begüterter Antwerpener Großkaufmann, Petrus Hellemans, in seinem in spanischer Sprache abgefaßten Testament errichtet hatte, Petrus Stockmans, Decisiones Brabantinae (1666), Dec. 31, Ausg. von 1701, Opera omnia S. 56 ff.

[1] Ohne Erwähnung der Fideikommißeigenschaft neuerdings zit. von O. Schreiber, Das Testament des Fürsten Wolfg. v. Anhalt, in Beyerles Deutschr. Beitr. IX 2 (1913), S. 71 (43); es bedeutet nach ihm auch in der Geschichte der Testamente einen Ausgangspunkt für eine Reihe von neuen Erscheinungen, die an die italienischen Testamentsformulare anknüpfen.

[2] Gedruckt bei Joh. Christ. Lünig, Des Teutschen Reichs-Archivs Partis specialis Continuatio II, Teil IV, Grafen und Herren, S. 325 ff. Das noch vielfach im Folgenden zu benutzende Werk wird fernerhin nach der üblich gewordenen Bandzählung zitiert werden, nämlich Bd. VIII (1712) Part. spec. Cont. II, Teil I), Bd. IX (Cont. II, Teil II), Bd. X (Cont. II, Teil III), Bd. XI (Cont. II, Teil IV), Bd. XII (Cont. III). Die mehrfachen Seitenzählungen innerhalb eines Bandes werden durch a. b. c. d. hervorgehoben, also hier Lünig, XI 325 b.

Schwester Sohne, oder ihre eheliche Erben Manns-Geschlechts gedachtem Graffe Ludwigen zu Erben substituirt und untersetzt« sein. Eine einfache Nacherbensetzung wird man hierin nicht erblicken können, sondern es liegt der für die italienischen fideikommissarischen Substitutionen charakteristische Fall vor, daß jeder Substitut nicht als einzelner, sondern mit seiner ganzen ehelichen männlichen Deszendenz eingesetzt wird, wodurch die Perpetuierung erreicht wird. So ist denn auch in der kaiserlichen Bestätigungsformel das Wesen des Testaments als eines Fideikommisses — natürlich nicht im klassisch-römischen Sinne, sondern im Sinne der italienisch-gemeinrechtlichen Jurisprudenz — zum Ausdruck gebracht worden, indem es heißt, daß die Substitutionen »als directe substitutiones oder als fidei commissarie, wie es den angesetzten Erben am nützlichsten und bequehmlichsten seyn würde, doch ohne Abzug Trebellianicae, für und für tüglich« (gültig) sein sollen. Daß die Konfirmation aus »Monson in Hispanien« datiert ist, läßt sich natürlich für einen spanischen Rechtseinfluß in Hofmanns Sinne nicht verwerten, da ja von einer Majoratsstiftung keine Rede ist. Das Testament hat übrigens wirklich zum Erwerbe der betreffenden Herrschaften seitens der Grafen Stolberg geführt[1]; es ist auch später von der Praxis des 17. Jahrhunderts als Stiftungsurkunde eines fideicommissum perpetuum betrachtet worden[2].

Beschränken wir uns einstweilen auch weiter auf solche Urkunden, die sich selbst als Substitution oder Fideikommiß bezeichnen und eine dauernde Bindung der zugewendeten Güter bezwecken, so kommt zeitlich zunächst ein Fall aus dem deutschen Sprachgebiet im weiteren Sinne in Betracht, nämlich aus Flandern. Im Jahre 1536 haben die Brüder Johann und Ägidius von Eynaten einen Vertrag geschlossen[3], in dem es heißt:

> Wy Ghebroeders tot vermeerderinghe van onsen naem ende Stam, by soo verre wy aflyvigh worden, sonder wettighe lyfserven achter te laeten, hebben ghemaeckt een vast fideicommisse . . . .

---

[1] Caspar Klock, Consilia III (1673), S. 696, Cons. 182 n. 505.

[2] Ebd. (Klock lebte 1583—1655) Cons. 182 n. 420 ff., S. 688 ff.; n. 434, S. 689; n. 463 ff., S. 692 f.; für die Perpetuität besonders n. 458 ff., S. 691; n. 505, 506, S. 696; n. 553 ff., S. 701; für die Ausdehnung auch über den 4. Grad n. 598 f., S. 706; vgl. auch Cons. 150 n. 66 ff., S. 441 ff.; n. 137 ff., S. 447 ff.; n. 154 ff., S. 450 f. von Andreas Caussen.

[3] Bei Stockmans a. a. O., Dec. 44, S. 88 ff.

So heeft den eenen den anderen syne boven ghespecificeerde goederen ende in de scheydinghe toe ghevallen, underworpen den retour oft wederkeer, met handt ghevende, adeliick trouwe ente verbintenisse, ende ghemaeck een vast fideicommisse op dese manieren; Dat niemandt syne voorsz. goederen versetten ofte veralieneren en sal, begheerende, dat onse lyf-erven, die wy nu hebben ofte noch kryghen sullen, die voor vast houden sollen om den naem ende stamme niet te verminderen, ons submitterende oock ende alle onse naer komelinghen allen clausulen van fideicommis, die naer Rechten daer-inne moeten verstaen worden.

Es handelt sich um ein völlig entwickeltes vertragsmäßiges Fideikommiß pro conservatione domus, durch das ein Veräußerungsverbot festgesetzt und ein Anwartschaftsrecht für die agnatische Deszendenz geschaffen wird. Eine Individualfolgeordnung innerhalb der beiden einander substituierten Linien fehlt ebenso wie im Falle Königstein. Die Rechtsgültigkeit des Fideikommisses wurde anerkannt durch Entscheidung des höchsten Gerichtshofes von Brabant unter dem 25. Mai 1646[1].

Als dritte der Zeit nach folgt, wenn wir von einigen unvollständig oder ohne sichere Datierung überlieferten Urkunden absehen, die schon erwähnte schlesische Erbeinigung, »Substitution und Fideicommiß« dreier Brüder Sauermann von der Jeltsch, in der sie die vom Vater Konrad Sauermann erworbenen und auf sie vererbten Landgüter zugunsten des Mannesstammes binden, ohne eine Einzelfolgeordnung festzusetzen[2]. Sie datiert vom 9. Juni 1569 und bildet noch heute die Grundlage aller schlesischen Fideikommisse des Gräflichen und Freiherrlichen Hauses von Saurma.

Die nächste Urkunde stammt aus Schwaben und ist nur wenige Wochen jünger. Es ist das Testament Ulrichs von Rechberg, errichtet am 25. August 1569 zu Göppingen[3]. Der Testator hebt zunächst ein früheres Testament, in dem er seinen Sohn Wolf Christoph »sampt seinen Mannlichen Leibs-Erben« zu Universalerben eingesetzt hatte, auf, um diesen Sohn um seines Ungehorsams und seiner Hals-

---

[1] Ebd. S. 91.
[2] Oben S. 231 Anm. 1.
[3] Bei Lünig XII 516a, Ziffer 6—17 (518, 522 ff.).

starrigkeit willen gänzlich zu enterben. Alsdann ernennt er zum Universalerben seinen Neffen Ulrich von Rechberg zu Heuchlingen, trifft jedoch über einen Teil seines Nachlasses über dessen Tod hinaus weitere Verfügungen, nämlich über Schloß Rechberg und einige Güter, die wohl Stammgüter der Familie sein dürften. Damit nämlich diese »hinfüro so lang möglich und Gott gefällig, bei dem Adelichen Stammen Rechberg bleiben« sollten, »substituiert« er seinem Neffen hinsichtlich dieses Teiles des Nachlasses seines »ungehorsamen Sohns Eheliche Mannliche Leibs-Erben«. Diesen werden wieder die ehelichen männlichen Leibeserben des Neffen und nach Aussterben dieses Stammes wieder die ehelichen männlichen Leibeserben der Tochter des Testators aus ihrer Ehe mit einem dritten Herrn von Rechberg substituiert. Am Schlusse bezeichnet der Testator seine Verfügung, die von dem Göppinger Stadtschreiber als Notarius beurkundet ist, noch ausdrücklich als ein »Fideicommiss«. Obwohl ersichtlich ist, daß diese Urkunde gleichfalls keine Anordnung einer Individualsukzession enthält, wird sie doch in der kaiserlich bestätigten Rechberger erneuerten Fideikommiß-Ordnung von 1591[1]), als deren Transsumpt sie überliefert ist, als »Dispositio perpetui fideicommissi« bezeichnet[2].

Das gleiche Merkmal unserer heutigen Fideikommißstiftungen fehlt auch dem fünften hier als Beispiel zu nennenden Fall. Es ist eine Fuggersche Urkunde von 1575[3], die inhaltlich der Saurmaschen Erbeinigung nahesteht. Hier wie dort ein Vertrag dreier Brüder, die sich nach dem Tode des Vaters und eines vierten Bruders über die väterliche Hinterlassenschaft einigen. In beiden Fällen knüpfen die Söhne an ein väterliches Testament vom Jahre 1555 an, durch das ihnen die Teilung der Güter vor der Volljährigkeit des Jüngsten untersagt war. In beiden Fällen handelt es sich um reiche Landgüter einer Familie, die noch nicht lange zum landbesitzenden Adel gehörte, sondern dem süddeutschen Patriziat entstammte; denn die Familie Sauermann, die ihre Herkunft aus Franken ableitet, stellt im Jahre 1489 eins ihrer

---

1 Lünig, 506a ff., 526a ff.

2 526 f.

3 Erbteilung zwischen Max, Hans und Jakob Fugger am 6. Januar 1575, bestätigt 1575 von Kaiser Maximilian, 1577 von Rudolph II., gedruckt bei Lünig XI 471 b.

Mitglieder in den großen Rat zu Nürnberg und ist zu Beginn des 16. Jahrhunderts dort mit den Tuchern und Holzschuhern verschwägert. Der Vater des Testators Conrad von 1555 war Ratsherr und Großkaufmann (Tuchkrämer)[1] zu Breslau[2]. Sein Sohn hatte die Ländereien selbst zusammengebracht[3]. Wie Conrad Sauermann, so hatte auch der Vater der Fuggerischen Kontrahenten Verfügung getroffen, daß seine Güter auch nach dem Tode seiner Söhne dem Mannesstamm seines Hauses erhalten bleiben sollten. Wenn nun auch die Söhne, seinem Wunsche zuwider, eine Teilung vornehmen, so sorgen sie doch durch ein Veräußerungsverbot und Bestimmungen für den Fall des Aussterbens ihrer Linien für die Aufrechterhaltung dieses »fideicomissi«. Die Urkunde ist zweimal kaiserlich bestätigt.

Das sechste als Fideikommiß bezeichnete Geschäft dürfte der im Jahre 1576 zwischen Wilhelm von Adelmann und seinen Söhnen geschlossene Erbvertrag sein, da ihn Geiger[4] »ein förmliches und feierliches Fideikommiß« nennt. Doch gibt er den Text nicht vollständig wieder; soweit er ihn mitteilt, ist ersichtlich, daß der Stifter »zur Erhaltung des Adelmännischen Stammes und Namens« Veräußerungen der Güter durch seine Söhne und ihre männlichen Erben und Erbeserben an Geschlechtsfremde untersagt und nur ihnen unter einander gestattet. Eine Individualfolgeordnung fehlt auch hier.

Der siebente Fall ist das Testament des Herrn Hans Ernst von Welden zu Erolzheim[5] vom 27. Mai 1582, der seinen Bruder zum Erben einsetzt, diesem seine Kinder und eventuell drei Vettern

---

[1] Bekanntlich waren auch die Fugger vom Tuchhandel ausgegangen (Max Jansen, Jacob Fugger der Reiche [1910], S. 40 ff.), hatten aber, ebenso wie die Sauermann, ihr Geschäft auf den gesamten Großhandel ausgedehnt. Beide Häuser waren lebhaft am ungarischen Handel und Bergbau interessiert und standen in Beziehungen zueinander. Jansen berichtet (S. 174 f.), daß im Jahre 1524 Konrad Sauermann (der Älteste, der Vater des Testators von 1555) am Fuggerschen und Thurzoschen Handel in Ungarn beteiligt war.

[2] Augustin Weltzel, Geschichte des Geschlechts der Saurma und Sauerma, Ratibor 1869, S. 5 f., 6 ff. Hugo Saurma Freih. von und zu der Jeltsch, Stammtafel des Geschlechts der Grafen und Freiherrn von Saurma-Jeltsch (1868).

[3] Testament Konrads, Breslau 4. Januar 1555 Art. 13 (Stadtarchiv Breslau Hs. H. 76, 1, fol. 154 v⁰).

[4] Joh. Burkhard Geiger und Chr. Fr. Glück, Merkwürdige Rechtsfälle (1794), S. 120, 125.

[5] Gedruckt bei Lünig XII, 317 a (Erbeinsetzung S. 320).

durch das Mittel »fideicommissi« substituiert und eine Veräußerung an andere Personen als die Geschlechtsgenossen untersagt, wobei er sich auf eine ältere Erbeinigung der Familie beruft. Mit dem Schloß Erolzheim sollen »in künnfftig ewig Zeit, alldieweil ein Innhaber Stammens und Nahmens von Welden vorhanden« gewisse Kostbarkeiten dauernd verbunden bleiben. Die Form ist die eines notariellen Testaments.

Eine an achter Stelle hier zu nennende Urkunde, das Testament eines regierenden Herrn, des Herzogs Julius zu Braunschweig und Lüneburg vom 29. Juni 1582[1], bezeichnet sich in erster Linie als Testament, letzten Willen, Constitution, Disposition, väterliche Ordination, Statuten, Ordnung und »perpetuam constitutionem«, und nur nebenbei auch als »fideicommissum«[2]. Sie fällt auch insofern aus dem Rahmen der bisher erörterten Urkunden, als sie — übrigens unter Berufung auf ein bereits bestehendes Hausgesetz — Primogenitur anordnet. Demgemäß setzt auch der Testator seinen ältesten Sohn als »institutus unus et indubitatus haeres« ein[3].

An neunter Stelle möge ein undatiert überliefertes niederländisches Testament des Jaspar van Reda eingefügt werden, da es in der 1583 erschienenen Konsiliensammlung des Leoninus auszugsweise veröffentlicht wurde, also spätestens aus diesem Jahre stammen kann[4]. Der Testator wünscht, »ouch (so viel ieme mogelichen ist) tzo verschaffen, das syne haven und guederen aen den naegsten bloets verwanten verblyven«, und zwar »van sijns Vaders« Seite. Zu diesem Zwecke setzt er, unter Ausschluß der übrigen Blutsverwandten, bestimmte Neffen und Nichten nebst ihrer ganzen Deszendenz unter wechselseitiger Substituierung ihrer Stämme zu Erben ein: »Doch voriger substitution und condition von einen off den anderen und sunst zo fallen und zo sterben«[5]. Leoninus erklärt das Testament für ein »fideicommissum personale et conditionale«[6].

Der zehnte Fall berührt sich insofern wieder mit dem Saurmaschen, als es sich um einen aus einer Breslauer Patrizierfamilie stammenden

---

[1] Lünig IX, 286a.
[2] Ebd. 304a.
[3] 288, 290 ff.
[4] Leoninus a. a. O., Cons. 73, S. 609 ff.
[5] Ebd. S. 619.
[6] Ebd. n. 14 S. 617.

Rittergutsbesitzer handelt, der mit den Sauermann verschwägert war; es ist das Testament Kilian Uthmanns von 1584[1], der seine drei Vettern zu Erben einsetzt und durch Substitution jeweils des ältesten Sohnes drei Majorate schaffen will, die »ewig« bei seinem Geschlecht »als ein recht fideicommissum ad familiam« bleiben sollen. Kilian ist ein Sohn des älteren Nicolaus Uthmann, der mit einer Schwester Konrads des Älteren Sauermann verheiratet war[2].

Elftens ist zu nennen ein hannöversches Testament, das besonderes Interesse bietet, das des friesischen Häuptlings Unico Manninga zu Lützburg und Bergum vom 11. Juni 1584, das neuerdings seinem wesentlichen Bestande nach von Koch[3] veröffentlicht und eingehend besprochen wurde. Es ist die Stiftungsurkunde des noch heute bestehenden Fideikommisses Lützburg der Fürsten von Inn- und Knyphausen. Sie lautet:

> So habe ich Unico Manninga zu Lützburg und Bergum, Häuptling, gehend, stehend, meines Verstandes und Sinne mächtig, meinen letzten Willen oder Testament zur Erhaltung des Geschlechts und Hauses Lutzburg verordnet und gemacht, auf folgende Weise:
>
> Vorerst habe ich zur Erbin und heredem aller meiner Güter instituirt, instituir und verordne kraft dieses meine einzige liebe Tochter, Hyma Manninga, genandt Knyphausen, zu Inhausen und Knyphausen Frauen. Dieses mein Haus Lutesburg, die Herrlichkeit Bergerbuer legatir und gebe ich meiner lieben Tochter auf gewisse Conditiones, welche ich erheblicher Ursachen halber geordnet. Und damit das Geschlecht und Manningasche Stammhaus Lutzburg in Ehren möge bleiben ...., so habe ich Testator ordinirt und ordinire noch, daß das vorgedachte Haus Lutzburg und Herrlichkeit Bergerbuer, Plätze und Länder, so von altersher bei des Hauses Lutzburg Besitzern sind gebrauchet gewesen und ich nun auch dazu gebrauche und forthin gebrauchen werde, zu ewigen Zeiten, ja in der vierten, fünften und fortan mehr als in den hundertsten Grad expresse darin derogierender Authenticae de restitutione fideicommissi unversehrt und unvertheilet bei einander

[1] Staatsarchiv Breslau, Testamente: Kilian Uthmann von Schmolz auf Rosenthal und Lamsfeld, Breslau 1584 Mai 31.

[2] Weltzel, S. 10 und Stammtafel.

[3] In der oben angeführten Gött. Diss. von 1912 S. 16 ff.

annexe bleiben sollen und auf einen allein, als auf den ältesten filium sive heredem masculum, vel deficiente masculo ad majorem natu filiam verfalle und vererbe, es geschehe linea recta oder zukünftig ex transversali, sine ulla detractione quartae Trebellianicae, Falcidiae vel legitimae .... So soll der vorgedachte Erbe, auf welchen die vorgedachten Güter vom Hause, Herrlichkeit und Länder Lutzburg erben und hinfallen möchten, tam plenum dominium nicht haben, daß er dieselben ganz oder zum Teil zu verkaufen, versetzen, verpfänden, vergeben, beschweren, ein Lehngut davon zu machen aut aliquo onere aut servitute zu graviren, auf einige Weise oder Manir zu veralieniren solle Macht haben; .... und so hinwieder einige Verkaufung, Versetzung, Verpfändung, Beschwerung, Donation oder einige Alienation geschehen möchte, soll dasselbe kraftlos und von keinem Werte sein und sollen dazu die Güter stracks von den zwey nechsten Freunden des Besitzers, qui omnibus praeferri debent, si illi nolint, negligentes aut inhabiles sint, von zweyen des Stammes, Geschlechts und Namens Manninga, dieweil die Güter von dem Geschlechte herkommen, angetastet und.... dem Vorgedachten meiner Disposition Uebertreter aus den Händen genommen werden .... Und hierüber will ich Testator, damit die vorgedachten Güter in commissum nicht verfallen oder verlustig mögen erklärt werden durch jemands delictum oder Missetat, daß kein plenum dominium übergeben werde, und ich meine liebe Tochter in diesen annexen Gütern nicht pure et plene heredem instituirt, sondern habe dieselben ihr und ihren Nachkommen auf gewisse Condition gegeben. So der Besitzer sich enormiter möchte vergreifen, daß die gedachten Güter dadurch sollten verbrochen werden oder verfallen können, so sollen dieselben Güter, sobald er anfängt sich zu vergreifen, von Stund an verfallen sein auf den nächsten Erben, dem diese Güter heimfallen sollen, wenn der Delinquent tot und verstorben wäre, welcher auch dieselben Güter alsdann zu sich nehmen soll, deme ich auch kraft dieses dazu Macht und Auktorität gebe .... Im Falle der Allmächtige Gott meine liebe Tochter oder Ihre Erben zu einiger Zeit abforderte und keine rechten Descendenten, aus meinen Lenden entsprossen, übrig bleiben, so soll die oben gedachte Herrlichkeit mit den annexen Gütern, an einen der des Namens und männlichen Geschlechts Manninga ist, verfallen. Ob gleich Frauens

Persohnen, welche näher am Blute, da wären, so soll dennoch einer, welcher der Nächste und Aelteste nach gradu masculo des Stammes Manninga wäre, zu diesen vielgedachten annexen Gütern vorgezogen werden und allein genießen und dieser meiner Ordnung in allen Punkten sich gemäß halten. Wenn aber das männliche Geschlecht Namens Manninga ganz ausgestorben, so sollen an einen heredem alleine, so der Aelteste und Nächste im Blute und gleich ist . . . . diese sämmtliche annexe Güter verfallen, welcher zu keinen Zeiten meiner Disposition sich entgegensetzen oder darin einen Einbruch tun soll.«

Es folgen die Unterschriften des Testators, der sieben Zeugen sowie die beigedruckten Siegel. Alsdann geben die Ehefrau und Tochter des Testators folgende Erklärung ab:

»Nachdem der Edle und Ehrenwerteste Unico Manninga, zu Lutesburg und Bergum Häuptling, mein lieber Eheherr und lieber Vater sein Testament und letzten Willen Anno 1584 d. 11. Juny datiret, geordnet und gemacht hat, damit unter Nachkömmlingen zur Erhaltung des Geschlechtshauses Lutzburg und Friedens eine Verordnung, wonach sich ein jeder richten, nachgelassen und gegeben worden und wir dann solches ratsam erachten: So haben wir Alheit von Brakel, genannt Manninga, Lutesburg und ich Hyma Manninga, genannt von Knipens, einige Tochter meines lieben Vaters, Frau zu Lutesburg, Inhausen und Knipens, das vorgedachte Testament uns gefallen lassen, bestätiget und confirmiret. Bestätigen und confirmiren es noch kraft dieses vor uns und unsere Erben und wollen, daß unsere Nachkömmlinge demselben in allen Puncten Folge leisten und sich darnach halten und richten sollen.«

Wie Koch[1] zutreffend ausführt, handelt es sich um alte Stammgüter des Hauses Manninga, deren Stammgutseigenschaft mit dem Tode des Testators erlosch, da dieser weder Söhne, noch anwartschaftsberechtigte Agnaten, sondern nur eine Tochter hatte. Zugunsten dieser Tochter und ihrer Nachkommen wird das Fideikommiß geschaffen »zu ewigen Zeiten« unter Derogierung der Nov. 159 Justinians und unter Beseitigung des Rechtes der »quartae Trebellianicae Falcidiae vel legitimae« als ein Majorat mit Bevorzugung des Mannesstammes.

---

[1] S. 19 ff.

Der zwölfte Fall, ein Fideikommiß aus Westfalen, ist von Kunsemüller[1] eingehend, aber wohl kaum ganz zutreffend, behandelt. Auf ihn wird später zurückzukommen sein. Es ist die »Erbvereinigung«[2] und »Mutschorrung« der Brüder und Vettern, Herren von Spiegel zum Desenberge, vom Jahre 1588, eine Urkunde, auf welche drei noch heute bestehende Familienfideikommisse zurückgehen. Sie legt sich »in Kraft eines fidei commissi perpetui« beständige Dauer »in alle Ewigkeit« bei, bestimmt aber nur, daß die Güter, hinsichtlich deren schon ältere Burgfrieden und Ganerbschaften der Familie bestanden, »soviel möglich unzertheilt in ihrem gantzen wesen zusammengehalten werden«, jedoch »auf eines jeden ehliche Mänliche Leibs Lehns Erben[3] ab intestato verfallen« sollten. Die Anordnung einer besonderen Individualfolgeordnung fehlt[4].

Die beiden nächsten Fideikommißurkunden (Nr. 13 und 14), beide aus Hannover, nämlich das Testament des Hinrich von Salder, am 3. November 1588 zu Hennekenroda vor Notar und sieben Zeugen errichtet[5], und das Testament Ernsts von Reden vom 22. Februar 1589[6] erwecken dem Bearbeiter Koch[7] Bedenken hinsichtlich ihrer Qualifikation als Familienfideikommisse. Diese sind hinsichtlich des Salderschen Testamentes gerechtfertigt. Der Erblasser setzt seinen Töchtern Legate aus und seinen Sohn zum Universalerben ein und fährt dann fort:

> Waß dan die affter erbschafft oder secundas institutiones berueret, thue Ich meinen Sohn vndt meine tochter obermellt dergestaltt reciproce & compendiose einander substituiren vndt vntersetzen, Da ein oder mehr von Ihnen ohn Ihm leben bleibende Kinder mitt tode abgingen, wan oder zu welcher Zeit sich auch das begebe, das alßdan die Ihm leben bleibende deßfals

[1] In der oben zitierten Bonner Diss., S. 6 ff.

[2] Datiert vom Dienstag nach Laetare 1588; die Bezeichnung als »Erbbereinigung« bei Kunsemüller, S. 6 ist wohl ein Druck- oder Lesefehler.

[3] Es handelt sich um Lehen zu gesamten Hand.

[4] Die Spiegelschen Ganerbschaften und Fideikommisse wurden bereits, was Kunsemüller übersehen hat, im Jahre 1762 eingehend behandelt von Joh. Ulr. Freyherrn von Cramer im 28. Theil seiner Wetzlarischen Nebenstunden, S. 1—84; über das Fideikommiß von 1588 siehe S. 35 f., 82.

[5] Bei Gottl. Sam. Treuer, Gründliche Geschlechts-Historie des Hochadlichen Hauses Der Herren von Münchhausen. Göttingen (1740), Anhang S. 278 ff.

[6] Bei Koch a. a. O. S. 24 ff.

[7] S. 23 f., 24 ff.

> succedieren sollen, Welche substitution vndt vntersatzung Ich, wie dieselbe directo oder in uim fideicommissi vndt sonst ihn bester krefftigster form gelten, vndt den vntergesetzten erben von rechts oder gewonheitt wegen ahm nutzligsten vndt bequemlichsten sein mochte, gethan will haben.

Da die Substitution auf die Erben nicht mit erstreckt ist, liegt trotz der Worte »wan . . . sich auch das begebe«, eine einfache Nacherbschaft vor. Von dauernder Bindung des Nachlasses ist keine Rede. Immerhin ist die Urkunde als Zeugnis für die Entwicklung der fideikommissarischen Substitution in Deutschland wertvoll.

Die andere Urkunde, das Testament Ernsts von Reden von 1589, enthält nur die Anordnung, daß die Tochter des Erblassers »uff väterliche, mütterliche, schwesterliche und brüderliche Erbfälle . . . Verzichte zu thunde geheisen« werde, da »durch die Söhne der Stamm und Geschlecht erhalten« werde. Demnach setzt der Testator seine Söhne zu Erben ein, mit der Bestimmung, daß bei Versterben eines der Söhne ohne Leibeserben, dessen Anteil »allemahl uf die andere noch lebende Brüder zugleich fallen« solle; zu dem Zwecke »substituire« er seine Söhne »ein den andern« und ermahne seine Tochter, daß »sie und ihre Erben meinen Söhnen und ihren Erben alles . . . gerne gönnen«. Liegt darin auch zunächst nur eine einfache Substitution, so ist doch die Verbindung mit dem Töchterverzicht pro splendore familiae zu beachten. Bereits die Söhne, die im Jahre 1609 einen Erbteilungsvertrag schlossen, haben darin ein »Fideicommissum perpetuum« gesehen[1]:

> »Es soll auch die im väterlichen Testament beschehene Substitutio festiglich observiret werden . . . Wofern aber ein oder mehr unter den Geprüdern ohne eheliche Kinder intestatus verstürbe, so sollen die andern noch lebende Gebrüder und Brüder-Kinder et sic in infinitum auf den Event in jetztberührten Gütern, soviel deren vorhanden und noch unvergeben, ebenmäßig wie in obberührten völlig succedieren, und andere Collaterales, auch ohne einigen Abzug desjenigen, so in Recht Falcidia vel Trebellianica genandt wird, davon allerseits gänzlich excludiren.«

Beachtenswert ist die Aufrechterhaltung der Testierfreiheit trotz der fideikommissarischen Bindung; durchaus entsprechend dieser

[1] Koch, S. 25 f.

dem Wesen des modernen Fideikommisses widerstreitenden Bestimmung fehlt es an einer Sonderfolgeordnung.

Die fünfzehnte Fideikommißerrichtung führt uns wieder nach Schlesien. Es handelt sich um die ehemals dort, heute noch in Sachsen blühende Familie von Rechenberg und die im Jahre 1516 von Nickel von Rechenberg als erbeigenes Gut erkaufte Herrschaft Deutsch-Wartenberg. Ein späterer Besitzer dieser Herrschaft, Hans von Rechenberg, errichtete zu Wartenberg am Sonntage Oculi 1590 (25. März) vor sieben Zeugen ein Testament[1], das am 5. Juli 1590 dem Landeshauptmann von Glogau übergeben und von diesem bestätigt wurde[2]. In diesem setzt er zum Erben ein seinen einzigen Sohn Hans Georg von Rechenberg und bestimmt für den Fall, daß dieser »ohne leibes Lehens Erben tödlichen abgehen würde«, »daß dieselben alle vnd iede meine güter von meinem Sohne (doch vnbenohmmen seiner testirung) an meine beide Töchter Mariana vnd Anna . . . zugleich vnd nach einer oder der andern ableben, auff die vberbleibende stammen, kommen vnd fallen . . . sollen«. Nach ihr beider Tode »sollen die Fälle meiner Lehenschafften vnd ligenden gründe folgendts an niemandes anders stammen vnd fallen, alß widerumb an mein deren von Rechenberg Geschlecht (zu erhaltung vnd mehrung desselben), so sich von mänlichem stamme am negsten vnd eltisten darzu gesippe«. Dieser »Vetter« soll als »substituirter Erbe« zur Veräußerung und Belastung nicht befugt sein, sondern die Güter sollen »bey dem Geschlecht derer von Rechenberg zu erhaltung desselben Stammes vnd Nahmens gelassen werden«. Es handelt sich demnach um eine bedingte Majoratsstiftung, falls die Deszendenz des Testators ausstirbt. Innerhalb dieser wird die Testierfreiheit nicht beschränkt.

Der nächste Fall (Nr. 16) gehört einem schwäbischen Hause an, dessen Name zufällig an den des zuletzt genannten Fideikommißstifters anklingt. Die Urkunde wurde bereits gelegentlich eines älteren Testamentes dieses Hauses (Fall 4) erwähnt. Es ist die erneuerte Rechbergische Fideikommißordnung vom 9. November 1591, kaiserlich bestätigt im Jahre

---

[1] Staatsarchiv Breslau, Testamente (Rep. 51, 2), Hans v. Rechenberg 1590.

[2] Nebst Kodizill v. 2. Juli 1590. Ein späterer Zusatz vom 23. April 1598 bezieht sich nur auf das Leibgedinge seiner Frau. Das Testament ist nebst den Nebenurkunden in den unten zu erwähnenden Prozeßschriften von 1615 gedruckt.

1594[1], ein Hausvertrag oder Statut, in das die älteren, auf die Familiengüter bezüglichen Urkunden als Transsumpte übernommen sind. Die früheren Bindungen der Güter werden erneuert und bestätigt. Dann heißt es weiter[2]:

über das alles statuiren, setzen und verordnen Wir noch weiter, als lang unser Familia, Nahm und Stamm deren von Rechberg von Hohen-Rechberg währen, und im Leben seyn wurd, das offt angeregte Schloß Hohen-Rechberg sampt dem Schloß Heuchlingen, auch allen andern daselbst specificirten Dörffern, Höfen, Gütern, Zehend, Renten und Gülten, so obberührtem Fidei commiss unterworfen, durch keinen nimmermehr aus der Familien unsers Nahmens und Stammens weder per Contractus inter vivos, vel per ultimam quandam voluntatem aut dispositionem, in einich Weiß noch Weg, wie das immer durch Menschen Sinn erdacht werden möcht, verändert, veräußert, oppignorirt, noch in einich andern Weg beschwehrt oder gravirt, sondern Jure perpetui fidei commissi, & solenniter confecti statuti Familiae von einem von Rechberg auff den andern, auff Maaß, Form und Weiß, wie in hierob von Wort zu Wort reiterirten Testamentlichen dispositionibus, nachlängs vermeldet, kommen, devolvirt, und also ewiglich bey dem Adelichen uhralten Stammen und Nahmen deren von Rechberg als affectirte, legirte, vermachte und dem Geschlecht deren von Rechberg addictirte und zugeeignete verschriebene und verhaffte Schlösser, Dörfer, Zehenden, Rent und Gülten mit allen andern Zu- und Eingehörungen, Obrigkeiten, Rechten und Gerechtigkeiten, wie das Nahmen haben möcht, nichts ausgenommen noch hindangesetzt, auf ewig seyn und bleiben sollen, also daß dieselben mit einigerley Sachen weder durch Geld-Auffnehmen, Versetzen, Verpfänden, noch in einich ander Weg nicht beschwehrt, gravirt noch geschmählert werden sollen oder mögen.«

Schließlich wird bestimmt, daß diese »erneuerte und verbesserte disposition, fideicommiß-Ordnung und statut nicht allein uns selbst, sondern auch alle unsere Söhn, Erben und Agnaten pflichtigen und binden soll«, auch soll in Zukunft jeder männliche Rechberg bei Erreichung

[1] Lünig XII, S. 516a.
[2] S. 526f.

des |25. Lebensjahres von zweien oder dreien der ältesten Agnaten durch Handtreue an Eides Statt auf diese Ordnung verpflichtet werden.

Als siebzehnter Fall dürfte hier das Testament einer adeligen Dame einzureihen sein, dessen Text uns in einem Rechtsgutachten eines Juristen des 17. Jahrhunderts, Thomas Merckelbach, überliefert ist[1]. Frau Kunigunda, Freifrau zu Königseck und Aulendorf, geborene Gräfin zu Zimbern hat am 8. Oktober des Jahres 1594 oder 1595[2] ihren letzten Willen niedergeschrieben und am 18. desselben Monats durch Übergabe der verschlossenen Urkunde solenniter aufgerichtet. Die hier interessierenden Bestimmungen, die ausdrücklich als »fideicommissum« bezeichnet sind[3], und in denen der Ausdruck »substituiren« mehrmals vorkommt, sind von der Stifterin in einer ihrem Gatten erteilten »Verschreibung[4]« vom 20. September 1597 wiederholt worden. Sie verfügt darin über die ihr von ihrem Bruder angefallenen Güter zugunsten ihres Mannes und des Königseckschen Mannesstammes, indem sie ihrem Gemahl dessen Neffen für den Fall des kinderlosen Versterbens substituiert und die Güter »dem Königseckischen Stammen und Namen« »verschafft, vertestirt, vermacht« und »schenkt«.

An achtzehnter Stelle ist eine Urkunde anzuführen, die ohne Nennung des vollen Namens in einem Responsum Justus Henning Böhmers[5] überliefert ist. Herr Balthasar B. hat 1596 das Landsassengut H. käuflich erworben und mit einem Fideikommiß belegt, »daß es nun hinführo zu ewigen Tagen bey dem Nahmen und Geschlecht der B. unveräussert bleiben« solle, »damit dadurch, so viel immer möglich, und Gott dazu seine Gnade verleihen wird, angeregte Stiftung in beständig guten Wesen und bey dem Geschlecht und Nahmen der B. erhalten werden möge«.

Der wesentliche Passus der Stiftung lautet:

So will ich demnach solches Guth aus sonderlichen treuhertzigen gegen den B. Geschlecht und Nahmen tragenden affection und Neigung

[1] Abgedruckt bei Caspar Clock, Consilia III, S. 35 ff., cons. 102.

[2] Die Jahreszahlen in dem Abdruck sind durch Druckfehler entstellt. Sicher falsch ist 1564 (S. 35), da die Verfügung von der Errichterin selbst 1597 und nach ihrem Tode am 28. Nov. 1603 erneuert wurde (S. 36). Es wäre also wohl 1594 zu lesen, wenn nicht an anderer Stelle (S. 49) 1595 stände.

[3] S. 36.

[4] Ebd.

[5] Consultationes et Decisiones iuris II 2 (1734), S. 107 ff. resp. 836.

zu einer ewigen und immerwährenden Vorschickung dergestalt hiemit verschaft und verordnet haben . . .
. . . daß zuforderst solches fideicommissum auf seine 3 Brüder und derselben eheliche männliche Leibes-Erben und fürter continuatiue auf deren Erben und descendentes masculos destinirt und gemeinet seyn solle . . ., doch jedesmahl allein dem ältesten drunter solches gefolget und gereichet werden solle . . .
Den brüderlichen Linien werden dann noch zwei vetterliche substituiert. Auch bei diesen soll das Fideikommiß den Charakter eines Majorats bewahren.

Bestimmungen, durch welche die Veräußerung des Hausgutes an nicht Hausangehörige verboten wird, ähnlich denen in der Rechbergischen Fideikommißordnung von 1591, finden wir bei dem neunzehnten Fall einer Fideikommißerrichtung im 16. Jahrhundert, die bewußt als solche bezeichnet ist. Es handelt sich hier um ein Testament des Hauptes eines hochadeligen Hauses, des Grafen Johann des Älteren von Nassau-Katzenellenbogen aus dem Februar 1597[1]. Der Graf setzt zunächst seine Söhne und Töchter zu Erben ein, denen er für den Fall ihres Versterbens vor Antritt der Erbschaft ihre Kinder »vulgariter et per fideicommissum« substituiert. Seine Erben sollen den Nachlaß solange wie möglich in Gemeinschaft halten und nicht ohne erhebliche Ursachen teilen. Nur die Einkünfte sollen geteilt werden. Die Länder teilt er unter seine Söhne, in deren Mannestamm sie sich vererben sollen. Die Erben sollen nicht Macht haben, »ihren männlichen Mit-Erben zu Nachteil ihre innhabende Land und Leuthe an frembde oder extra familiam entweder durch Testament oder sonsten... zu veräusern«, wie auch schon seine Vorfahren verordnet hätten. Das ganze Testament wird dann am Schlusse noch einmal als »Fidei Commissum» bezeichnet[2].

Das zwanzigste hierhergehörige Beispiel ist das noch heute als Fideikommiß bestehende vom Bergesche Majorat im Glogauischen Fürstentum, begründet durch Testament von 1597[3], in dem es ausdrücklich als »fideicommissum familiae relictum« bezeichnet ist.

[1] J. Chr. Lünig, Spicilegium seculare des Teutschen Reichs-Archivs I (1719), S. 654 ff. Vgl. Joh. Ulr. Freyh. v. Cramer, Wetzlarische Nebenstunden 20 (1760), S. 77.

[2] S. 664.

[3] Testament Joachim vom Berg, Herrndorf 1597 Juli 25, notariell beurkundet 1598 Januar 27 nebst Fundation vom 1. März 1598. Abschrift im Besitze des

An einundzwanzigster Stelle tritt uns wieder die schon zweimal genannte Familie Rechberg entgegen. Durch förmliches Testament vom 7. Mai 1599[1] errichtet Freiherr Ernst von Rechberg aus den drei Herrschaften Cronberg, Weißenstein und Kellmünz, die sein Vater von einem andern Rechberg käuflich erworben habe, sowie aus seinem gesamten Mobiliar- und Immobiliarnachlaß, für den Fall, daß er keine Leibeserben hinterlassen sollte, ein »perpetuum fideicommissum«, vermöge dessen alle seine Habe »successive und erblich« »bei dem Mannlichen Rechbergischen Stammen und Nahmen bleiben, damit derselbe desto besser und herrlicher erhalten und fortgesetzt werden möge, und so lang derselbe währet . . . biß auf den letzten von Rechberg Jure Fidei Commissorum kommen und gelangen solle.« Im folgenden setzt er in ähnlicher Weise wie Ulrich im Jahre 1569 eine Reihe von Linien seines Hauses »in institutione und substitutione« ein, aber mit einem wesentlichen Unterschiede. Während Ulrich über die Individualsukzession innerhalb der einzelnen Linien keine Bestimmungen getroffen hatte, soll nach Ernsts Testament innerhalb jeder Linie Senioratsfolge eintreten[2]. Entsprechend besteht auch ein Unterschied hinsichtlich des Veräußerungsverbotes, das der Testator unter Ziffer 20 ausspricht, gegenüber dem Veräußerungsverbot der Fideikommißordnung von 1591: Ernst verfügt ganz allgemein, »daß kein Fidei-Commissarius haeres in infinitum Macht haben soll, ichtwas von unser Fidei-Commissaria haereditate . . . zue alieniren, zu versetzen, zu verpfänden oder in ainich ander Weg zu bekümmern oder anzuwenden«[3], während, wie oben gesehen, damals nur die Veräußerung aus der Familie heraus untersagt worden war. Von Interesse ist schließlich noch, daß, bei völligem Aussterben des Rechbergischen Hauses das Fideikommißvermögen »auff unterschiedliche Spitäler« kommen soll.

Den Schluß der Reihe mögen die Fideikommißstiftungen aus dem letzten Jahre des 16. Jahrhunderts bilden, soweit sie als solche ausdrücklich bezeichnet sind. Es sind nicht weniger als vier, so daß wir

---

Fideikommißbesitzers, Herrn Oberstleutnants a. D. Joachim vom Berge und Herrendorff.

[1] Lünig XII 529a ff., insbesondere 536 ff.

[2] Vgl. dazu Böhmer a. a. O. I 2 (1756), S. 249 ff. resp. 54.

[3] Lünig XII, S. 546.

damit gerade ein Viertelhundert erreichen. Zunächst ist unter ihnen wieder ein schlesisches Testament zu nennen. Unter dem 20. April 1600 verfügt »Adam Schoff, Gotsch genandt, Herr vom Kinast vnnd Greyfenstein, Freyherr auf Trachenberg vnnd Herr zue Praußnitz« auf seinem Schloß zu Trachenberg über alle seine Güter, besonders die Herrschaft Trachenberg. Das Testament ist am 23. August durch Zuziehung von sieben Zeugen und des Landhofrichters beurkundet, am 20. September des gleichen Jahres hinterlegt und am 17. Oktober 1601 eröffnet worden[1]. Der Testator setzt, für den Fall, daß ihm Söhne geboren würden, zunächst diese zu Erben und Nachfolgern in die Herrschaft Trachenberg ein, die er 1592 durch Kauf von dem Freiherrn Heinrich von Kurzbach erworben hatte[2]. Sollten seine Söhne ohne männliche Leibeserben sterben, so bestimmt er, daß die Güter »Alß ein Perpetuum fidei commissum familiae von denselben an meine andere Vnntengeseczte Erben stammen und fallen.« Die Veräußerung »in andere wege« wird untersagt, und die Güter sollen, »so lannge Daß Geschlechth der Gottscher vom Kinast im Leben ist, als eine fundation zuerhaltung deß geschlechts von mir zum gedechtnuß gestiefftteth Bey dem geschlechthe vorbleiben«. Als Substituten für den Fall seines kinderlosen Versterbens oder des Erlöschens seiner Linie bestimmt er seinen Vetter Christoph von Schaffgotsch bzw., falls er vor ihm verstürbe, dessen Sohn Hans Ulrich; ihnen wieder werden andere Vettern für den Fall des Aussterbens der betreffenden Linien substituiert. In jeder dieser Linien soll Trachenberg als Majorat nach dem Rechte der Erstgeburt vererbt werden. Das Fideikommiß ist jedoch schon unter dem ersten Besitzer Hans Ulrich von Schaffgotsch erloschen, der im Jahre 1635 wegen seiner angeblichen Teilnahme am Verrat Wallensteins hingerichtet wurde. Seine Besitzungen im Gebirge und die Herrschaft Trachenberg, diese trotz der bestehenden Fideikommißeigenschaft, wurden bereits 1634 vom Kaiser eingezogen.

---

[1] Bresl. Staatsarchiv. Amtliche Eintragung des Oberamts von Schlesien, Rep. 13 AA. III 26e, Bl. 87—124.

[2] Die Verkaufs- und Übergabeverhandlungen zogen sich von 1592 bis 1595 hin. Staatsarchiv Bresl. Rep. 45 St.-H. Trachenberg I 2g und i. Vgl. auch Friedr. Wilh. Pachaly, Sammlung verschied. Schriften über Schlesiens Gesch. u. Verf. I (1790), S. 228 Anm., 227; J. Friedr. Schiller, Rechtsfälle in Preuß. Gerichtshöfen (1806), S. 201 f.

Jene erhielten seine Söhne zwar 1636, nach erfolgtem Übertritt zum Katholizismus, zurück, nicht aber Trachenberg, das am 10. August 1641 von Ferdinand III. an einen kaiserlichen Feldherrn, den Grafen Melchior von Hatzfeld zur Tilgung einer Forderung für Truppenwerbung und -Erhaltung an Zahlungsstatt gegeben wurde [1].

Ein anderer Fall gehört nach Hannover. Das Testament Ottos von Münchhausen bezüglich seines Gutes Lauenau [2], in dem er seine Söhne einander »directo vel per vim fideicommissi« »substituirt«, erweckt zwar den Anschein einer einfachen Nacherbeneinsetzung, doch wird auch gesagt, daß »von liegenden Guetern die Tochter, so lange der Stam wehret, gentzlich ausgeschlossen« sein soll. Es liegt also ein fideicommissum perpetuum ohne Individualfolgeordnung vor.

Daran reiht sich wieder eine schlesische Urkunde, das »Statutum juris primogeniturae et fideicommissum perpetuum familiae conservandae gratia« des Burggrafen Abraham von Dohna, die freie Standesherrschaft Wartenberg betreffend, vom 1. Juni 1600, bestätigt durch Rudolf II. als König von Böhmen, in den Jahren 1600 und 1606 [3]. Diese Stiftung ist insofern von besonderem Interesse, als neben der Primogenitur Wartenberg noch ein weiteres Fideikommiß geschaffen wird, hinsichtlich dessen sämtliche Söhne und ihre männlichen Leibeserben zu gleichem Recht nach Stämmen sukzedieren sollen. Es findet Teilung durchs Los statt, bei Wegfall eines Stammes Akkreszenz an die übrigen. Hier ist also ein Majorat zugunsten des jeweiligen Geschlechtshauptes verbunden mit einem Fideikommiß ohne Individualfolgeordnung, das der Erhaltung des Wohlstandes des ganzen Hauses dient. Der Testator hat seine Stiftung im Jahre 1613 in einem zweiten Testament in einigen Punkten ergänzt (Öls, 22. Januar 1613, besiegelt durch den Herzog von Öls unter dem 5. Juni 1613, konfirmiert durch Kaiser Ferdinand, Prag, 6. Mai 1623) [4].

---

[1] J. Krebs, Allg. D. Biogr. 30, S. 545. Jos. Partsch, Schlesien II (1911), S. 462; Schiller a. a. O.; Denkschrift, die Herrschaft Hatzfeld betr. (1866), S. 5. Die freie Standesherrschaft Trachenberg befindet sich bekanntlich noch heute im Besitze des jeweiligen Fürsten von Hatzfeld, Herzogs zu Trachenberg.

[2] Gedruckt bei Treuer a. a. O., Anhang S. 309 ff., besprochen von Koch, S. 27 ff. Es ist eine notarielle Urkunde mit sieben Zeugen, datiert Lauenau den 7. Mai 1600.

[3] Joh. Chr. Lünig, Codex Germaniae diplomaticus II (1733), S. 403.

[4] Ebd. S. 414 ff., 427.

Die letzte und fünfundzwanzigste Urkunde in unserer Reihe ist das Testament Peter Zollners von Massenberg (Steiermark) vom 10. November 1600, nebst Kodizill vom 23./29. September 1604, Nachtrag vom 10. August 1606, Additional-Artikeln vom 25. Januar 1608 und 25. Februar 1608[1]. Das Haupttestament enthält hinsichtlich des ganzen Nachlasses des Testators eine Substituierung zahlreicher Erben nebst ihrer ganzen Linie »per modum fideicommissi«, verbunden mit ausdrücklichem Veräußerungsverbot, wogegen keinem der Erben »die khayserlichen Recht, sonnderlich falcidia unnd Trebellianica« nichts nützen sollen. Denn der Stifter will, daß sein Gut »stättigs bey einander verbleibe«, sein »mannlich geschlecht in nechster Sybschafft« »zu erhalten unnd zu vermeeren«. Immer der Älteste soll es in Besitz und Nutzung haben. Bei Aussterben der Zollner sind auch andere Geschlechter als Spindelmagen des Testators substituiert. In den Additionalartikeln von 1608 hat er dann in Abänderung des Testamentes von 1600 seinen Schwestersohn Gottfried Freiherrn von Stadl »zum ersten antreter, Administratori und Usu fructuario« bestimmt und nach ihm dessen »eheliche mannliche leibserben« gleichfalls nach Majoratsrecht substituiert. Da es sich um ein Majorat handelt, erkennt auch Hofmann[2] es als Fideikommiß an. Es ist jenes, das von Below für das älteste in Deutschland halten möchte[3]. In Wahrheit jedoch ist kein Zweifel, daß sich die obige Liste zum Teil erheblich älterer leicht vermehren ließe.

Eine Steigerung ihrer Anzahl auf mehr als das Dreifache ergibt sich schon dann, wenn man unsere bisherige Beschränkung auf solche Urkunden, die sich selbst als Fideikommiß bezeichnen, fallen läßt. Und das ist in der Tat nicht nur möglich, sondern erforderlich. In der Zeit, in der sich der moderne Fideikommißbegriff erst entwickelte, in der sich der moderne Fideikommißbegriff erst entwickelte, in der man sich über den ihm zu gebenden Umfang noch in keiner Weise klar war[4], kann es, wie Otto von Gierke[5] einmal sagt, für die Beur-

---

[1] Landesgericht Graz, Fideikommißinstrumente Nr. 86.

[2] Exkurse II, S. 306 (32).

[3] Hw.-B. d. Staatsw. I, S. 46 Anm. 1.

[4] Über eine erhebliche Ausdehnung auf verwandte Rechtsgebilde ist später zu handeln.

[5] Grünhuts Zeitschr. f. d. Privat- und öffentliche Recht V (1878), S. 581.

teilung der Natur des Geschäftes nur auf den »wirklichen Inhalt« der Urkunde, nicht auf die »Anwendung von Wort und Form des Fideikommisses« ankommen.

Die Richtigkeit dieser Auffassung erhellt sofort aus einigen Beispielen. Wir haben oben ein förmliches »fideicommissum ad familiam« eines Breslauer Patriziers und Rittergutsbesitzers Kilian Uthmann von 1584 kennen gelernt (Fall 10). Eine Majoratsstiftung wie diese enthält jedoch auch die letztwillige Verfügung von 1585 des Nicolaus Rhedinger, gleichfalls eines Landedelmannes aus Breslauer Patriziergeschlecht, obwohl sie die Ausdrücke »Fideikommiß« oder »Substitution« nicht enthält[1]. Und dasselbe gilt von dem Testament des Albrecht von Reibnitz von 1598[2]. Beide Urkunden liegen zudem als Stiftungsurkunden zugrunde zwei noch heute unter der Aufsicht des Königlichen Oberlandesgerichts Breslau bestehenden Fideikommissen, dem von Rhediger-Striese-Schebitzer Fideikommiß und dem von Reibnitzschen Fideikommiß, das später in ein Geldfideikommiß umgewandelt ist. Ebenso fehlt der moderne technische Ausdruck noch in dem Testament des Grafen Jobst Josef von Thurn vom 1. Mai 1580[3], das als Stiftungsurkunde den heute unter Aufsicht des k. k. Landesgerichts Graz bestehenden Gräflich Thurnschen Fideikommissen Plankenstein-Bleiburg und Plankenstein-Radmannsdorf[4] zugrunde liegt. Der Graf verfügte über sein gesamtes, großenteils in Bargeld bestehendes Vermögen zugunsten seiner Brüder »unnd derselben leibserben Mannsstamben«, es »zue gebrauchen und zue genießen, aber nichts zu verkhembern«. Würde das Geld, — was alsbald geschah — in liegenden Gütern angelegt, so sollten diese »auch auf den Mans Stamben verbunden sein« und »unverthuenlich fur und fur auf dem Mans Stamben zu erhalten pleiben«. Die Güter bezeichnet der

---

[1] Striese 1585 Okt. 2. Staatsarchiv Breslau. Stadt Breslau II 1. 10 d. Nr. 2. fol. 263 v⁰ (266 v⁰).

[2] Mai 27. Staatsarchiv Breslau. Brieg III 34 II fol. 57 (59).

[3] Landesgericht Graz, Fideikommißinstrumente Nr. 28.

[4] Erwähnt von Graf Gf. Chorinsky in den Jur. Bl. (1880), S. 176. Der Druckfehlerteufel machte aus dem Grafen Thurn einen Grafen Thun, und die Existenz der Gräflich Thun'schen Fideikommisse aus dem 16. Jahrhundert wird dann darnach von Jnama-Sternegg (Stat. Monatsschrift IX [1883], S. 469) und Hofmann (Exk. II, S. 300, Anm. 91) erörtert. Auf die Gründlichkeit der bei dieser Gelegenheit von Hofmann angestellten und von ihm erwähnten »archivalischen Nachforschungen« wirft das ein eigentümliches Licht.

Testator als »sollich vermacht unnd Stambenguet«, so »erst durch mich zue Stambgüettern gemacht«. Also eine Stammgutstiftung! Auch ein weiteres steirisches Fideikommiß, das Testament Adams von Lenghaim vom 30. März 1585[1] kennt den Ausdruck Fideikommiß nicht und verfügt einfach, »das solliches hauß bey den mansstamen von Lenghaimb verbleib unnd alweg der Elter diss namen die schlüssl zum Haus haben«. Also ein Majorat! Eine Majoratsstiftung ist auch das drittälteste heute bestehende steirische Fideikommiß, das der Herren (Grafen) von Herberstein, das auf dem Testament des Freiherrn Georg Bernhard vom 29. Juni 1598[2] beruht. Auch hier kommt kein römisch-rechtlicher Ausdruck zur Bezeichnung des Geschäftes vor. Das gleiche gilt schließlich für das Testament des Reichard, Herrn von Starhemberg vom 11. November 1598[3], die Stiftungsurkunde der Fürstlich Starhembergischen Fideikommißherrschaften Wildberg, Riedegg und Lobenstein in Österreich[4]. Auch noch im zweiten Viertel des 17. Jahrhunderts kommt es vor, daß Fideikommißstiftungen nicht als solche bezeichnet werden; so enthält die von Werthernsche Urkunde von 1617[5] diese Bezeichnung nicht, obwohl das Fideikommiß als solches noch heute unter der Aufsicht des Oberlandesgerichts Naumburg besteht. Die Fideikommißeigenschaft, die übrigens nie bestritten war, ist auch als feststehend zugrunde gelegt in einem Urteil des Oberlandesgerichts Naumburg[6]. Ebensowenig enthält die Stiftungsurkunde der Gräflich Henckel-Donnersmarckschen Fideikommißherrschaften in Schlesien[7] die

[1] Landesgericht Graz, Fideikommißinstrumente Nr. 53.

[2] Ebd. Nr. 35; vgl. auch Stat. Monatsschrift IX (1883), S. 469.

[3] k. k. Landtafel, Linz, Tom. 12, instr. Fol. 743; vgl. Jur. Bl. (1905), S. 206.

[4] Erwähnt sei schließlich, daß auch das Freiherrlich Wurmprandt'sche Fideikommiß von 1616 (Original k. k. Landesgericht Wien) noch davon spricht, daß der Testator die Güter »zu Stammgüettern macht«; und ebensowenig kennt der Wiener Patrizier Prämer 1613 (Bezirksgericht Wien, Innere Stadt), den Ausdruck Fideikommiß.

[5] Teilungsrezeß vom 21. Oktober 1617 zu Leipzig. Abschrift im Gräfl. Werthernschen Archiv zu Beichlingen.

[6] In Sachen von Werthern-Brücken contra von Werthern-Wiehe und -Beichlingen vom 28. März 1884.

[7] Testament des Herrn Lazarus des Ältern Henkel von Donnersmark. Wien 1624 Juli 12. Abschrift in den Fideikommißakten des OLG. Breslau 6 Gen. H., Nr. 14a, Bl. 1 ff.

Bezeichnung Fideikommiß und Substitution, obwohl sie aus dem Jahre 1624 stammt.

Unter Berücksichtigung dieses Umstandes ist es möglich, die erhebliche zeitliche Lücke auszufüllen, die zwischen dem zweiten (1536) und dritten Falle, oder wenn man Fall 2 als flandrischer Herkunft ausscheidet, zwischen dem ersten (1527) und dem dritten Falle (1569) der obigen Liste klafft.

Im Jahre 1565 hat Heinrich von Mühlheim zu Pleswitz durch Testament[1] seine Brüder zu Erben seiner fünf schlesischen Landgüter eingesetzt mit der Bestimmung, daß sie nach ihrem Tode auf ihre Söhne und Sohnessöhne übergehen und dem Mannesstamm dauernd verbleiben sollten, aber so, daß immer der Älteste sie haben solle. Die gleiche Bestimmung — also eine Majoratsstiftung, ohne daß dieser Ausdruck oder die Bezeichnung Fideikommiß gebraucht wird — wird dann für eine Seitenlinie im Falle des Aussterbens der Linie des Stifters, sowie für den Fall, daß er Söhne hinterlasse, getroffen.

Ohne allen Zweifel ist ferner als Fideikommiß anzusprechen die Stammgutstiftung, die Bischof Balthasar von Breslau in seinem Testament vom 24. Oktober 1561[2] zugunsten des Mannesstammes seines Geschlechtes von Promnitz errichtete und die er als »Ordnung und Succession« bezeichnete. Es handelt sich um zwei Herrschaften, Pleß und Sorau[3], die als Majorate zwei Vettern des Bischofs unter Substituierung beider Stämme zuerteilt werden; jede Veräußerung wird für nichtig erklärt. Gelangen wir damit schon — und zwar gerade für

---

[1] Breslau 1565, Montag nach Jubilate. Staatsarchiv Breslau, Hs. H. 76, I Fol. 269 f.

[2] Gedruckt bei Joh. George Estor, Kleine Schriften III (1739), S. 614 ff. und Lünig VIII, S. 58 b ff.; auch schon in den Prozeßschriften »Vorläufige Gegen-Information in Sachen« pp. 1738 und »Die in der Gräflich Promnitzischen Klage-Sache herausgekommene Kurtze Species Facti« usw. (1739), S. 57—62 (beide in der k. u. U.-Bibl. Breslau in Jur. V Fol. 395).

[3] Der Bischof hatte die Lehnsherrschaft Pleß 1548 von Johann von Turzo gekauft (Estor, S. 577, 582 ff.; Beyträge zur Beschreibung von Schlesien II 1783, S. 59). Der kaiserliche Consensbrief vom 5. Febr. 1549 (nicht 1649) ist in der erwähnten Prozeßschrift von 1739 S. 67 ff. abgedruckt; dort auch S. 70 ff. der Kaufbrief über die Herrschaft Sorau, die der Kaiser erblich »doch Lehns-weiß« an den Bischof verkauft hatte (Prag 1556, Mai 4). Die Lehns- und Fideikommißeigenschaft der Herrschaft Pleß dauerte bis zur Allodifikation durch den König von Preußen am 18. Juli 1748 nach Abgang des Gräflich Promnitzischen Mannesstammes (Beyträge a. a. O. S. 65).

Schlesien — etliche Jahre vor 1569, den Zeitpunkt des Abschlusses der Saurmaschen Erbeinigung (Fall 3) zurück, so kann dieser Fall selbst uns behilflich sein, noch einen Schritt weiter zu tun. In der Urkunde heißt es nämlich unter Ziffer 1:

> Erstlichen sol es bey vnsers Vatern sehliger Testament, letzten Willen vnd Verordnung aller Dinge, sonderlich aber in dehm Artickoll, wohfern etwa ainer vnder vns Brudern nach dem Willen Gotts ohn Erben auß diesem Zeitlichen abginge, das sein Guett an dj andern Bruder kombe, gentzlichen verbleiben; welchen wir ferner auch dohin verstanden, gezogen vnd declariret haben wollen, woh neben Brudern Bruders Khinder vnd Söhne verhanden, das solche Pruders Sohn oder Enigkkehl an ihre stirpes tretten vnd neben iren Vettern sovil nemben, als ir Vater vnd Großvatter, do der gelebet, genhumben hätt.

An diese Bestätigung und Auslegung eines Artikels des väterlichen Testamentes schließt sich dann unmittelbar die Bestimmung an:

> Zum andern sollen dieser Substitution vnd Fideicommiß nicht alleine diese Gueter vnd vnser Vermögen, so wir nach vnserm Vater sehliger bekumben ... sondern auch, was ein jehder für sich selbst künfftig mehrers erlangt, herzubringt vnd nach sich darbey unvorgeben vnd vnvortestiret verlest, eingehörig vnd vnderworffen sein, also das solche Guetter vnnd Verlassenschafft, sie sein beweglichen oder vnbeweglichen, aller für vnd für auf den Mannes-Namben vnd Stamben, so lange der nach dem götlichen Willen bestehet vnd wehret, ita tamen, ut in descendenti linea constituti prae collateralibus capiant, jehdes mhal fallen vnd stamben sollen.

Es erhellt daraus, daß die Brüder schon in der zitierten Bestimmung des väterlichen Testamentes die »Substitution vnd Fideicommiß« sahen, die sie in Art. 2 nur durch Einräumung eines Vorrechtes der Deszendenz vor den Seitenverwandten ergänzten, während vorher offenbar keinerlei Rangordnung unter den Agnaten, wohl aber schon eine Bindung für den Mannesstamm bestand. Die väterliche Verfügung, auf welche diese zurückgeht, ist nun in der Tat in dem Testament Konrad Saurmas des Älteren, datiert Breslau 1555 Januar 4[1], erhalten. Sie lautet:

---

[1] Stadtarchiv Breslau Hs. H. 76, I Fol. 154 v°.

Zum Achten: do sich etwan der Fhall begebe, das meiner Sohne under allen einer Todes halber abginge, es sei in seinen unmundischen Jharenn oder aber nachdeme er mundisch worden, ordne unnd wil ich, das sein Tail, so fern er ohne ehliche Leibeserben abginge, den andern seinen Pruedern, meinen Sohnen, unnd derselben manlichen Erben, so lang irgendts einer vorhanden, heimfallen und anstamme, und die Schwestern, meine Tochter, oder aber auch die Mutter, mein Weib, nichts doran zu fordern habenn, sonder des, so ich ir zuvor gegebenn, genugen lassen.

Damit sind die sämtlichen fünf noch heute bestehenden großen Fideikommißherrschaften des Hauses Saurma ihrer Stiftung nach bis zum Jahre 1555 hinaufgerückt[1]. Noch ein paar Jahre weiter kommen wir, wenn wir in anderen schlesischen Familien gleichfalls um eine oder zwei Generationen rückwärts gehen und dem oben erwähnten Testament des Kilian Uthmann (Fall 10), das seines Vaters Nicolaus Uthmann, dem oben genannten Testament des Hans von Rechenberg (Fall 15) das seines Großvaters Georg von Rechenberg an die Seite stellen. Dieses ist datiert, »Glogaw Freytags nach Petri vnd Pauli« des Jahres 1553[2]. Der Erblasser wendet, nach Abfindung der Töchter, seine Herrschaft Wartenberg seinem Sohne Melchior,

[1] So auch die »rechtmäßige Exception« Konrads, Wolf Ernsts und Konrad Wenzels, Vettern und Gebrüder Freiherrn von Saurma und der Jeltsch vom 6. Nov. 1677 gegen die Klage von Adam und Jaroslaw von Sauerma und Schlanz wegen der Fideikommißgüter Lorzendorf und Ober-Strusa (Staatsarchiv Breslau, Ortsakten Ober-Struse). Hier wird unter den Fideikommißurkunden hervorgehoben zu 1 das Testament von 1555, zu 2 die Erbvereinigung von 1569.

[2] Errichtet vor sieben Zeugen und bestätigt von dem Verweser des Fürstentums Glogau. Gedruckt in den Prozeßschriften Sprinzenstein c/a Rechenberg, und zwar bei Matthias Polenius Antapologia pro defensione Causae Sprinzensteinianae, Frankf. a. O. 1615, Beilage K; ferner in »Des Herrn Melchiors von Rechenbergs ... Fundamenta contra Hansen Ernsten Sprinzenstein« im Anhang (K.- u. U.-Bibl. Bresl. Jur. V Fol. 390 und 391 II). Der Prozeß entstand mit auf Grund des Gegensatzes zwischen dem Testament des Georg und dem Hansens und eines späteren Folgers in der Herrschaft Wartenberg, die sie dem Mannesstamm auch der Seitenlinien wahren wollten, während Georg nach dem Aussterben der Hauptlinien keinen Unterschied zwischen männlichem und weiblichem Geschlecht macht. Der Prozeß dauerte von 1610 — der Hauptstamm starb am 3. Februar 1610 mit Hans-Georg aus — bis 1638 und endete mit dem Siege des Herrn von Sprinzenstein als Gatten der Rechenbergischen Erbtochter gegen die Seitenlinie des Rechenbergischen Mannesstammes.

Windisch-Bohrau und Neustadt seinem Enkel Hans, dem Sohne seines verstorbenen Sohnes Georg, zu, deren Linien er einander für den Fall des Versterbens ohne Leibs-Lehenserben substituiert. Keiner der beiden oder seine Erben soll befugt sein, sie der anderen Linie »zu entwenden oder in anderwege zu vergeben«. Sollten beide Linien im Mannesstamm aussterben, so »sollen die Fälle der Gütter an niemands anders fallen vnd erben, denn an mein derer von Rechenberg Geschlecht, so am nachsten darzu gesippet vnd gefreundet seind, sie seindt Männliches oder Weibliches Geschlecht«.

Noch etwas früher ist anzusetzen das ältere Uthmannsche Testament, das zwar nicht in der Originalausfertigung, aber in Gestalt einer, zweifellos aus dem 16. Jahrhundert stammenden Papierhandschrift des Breslauer Staatsarchivs, offenbar dem Konzept, überliefert ist[1]. Errichtete der Sohn ein Majorat, so verfügte der Vater zugunsten aller seiner Söhne und ihrer männlichen Erben unter Zurücksetzung der Töchter über alle seine städtischen und ländlichen Liegenschaften, indem er die Stämme seiner Söhne einander substituierte, »damiete solliche unbewegliche Gueter bey dem menlichen Geschlechte und Namen der Uthleute bleiben«. Da Nicolaus im Jahre 1550 verstorben ist[2], so kann das Testament spätestens aus diesem Jahre stammen. Somit sind wir der ältesten oben erwähnten Fideikommißerrichtung, der Königsteinschen von 1527, schon erheblich näher gekommen.

Aber es ist sogar, ohne auf die älteren, vom römischen Recht noch nicht beeinflußten rein deutschrechtlichen Gebilde zurückzugreifen, möglich, eine noch weitere Annäherung, ja selbst ein Überschreiten der zeitlichen Grenze von 1527 zu erreichen. In sehr frühe Zeit bringt uns eine friesische Urkunde, das Testament des Epo van Lyauckema, errichtet in der Form des kanonischen Rechts vor dem Pfarrer und drei Zeugen, datiert Lauckema, den 16. April 1535[3]. Er verfügt, daß sein

---

[1] Testamente, Uthmann, Nicolaus.

[2] Weltzel, S. 10 Anm. 2. Ferner hatte Fräulein Elisabeth von Uthmann in Breslau, die umfassende genealogische Forschungen über ihre Familie angestellt hat, die Güte, mir auf Grund ihrer urkundlichen Ergebnisse die Richtigkeit dieses Todesdatums und die Identität des Testators mit dem Verstorbenen zu bestätigen.

[3] Gedruckt bei Hero ab Jnthiema, Disquisitio Juridica . . . ex causa Georgii a Lyauckema . . . contra nobil. Camsteranos. Leovardiae 1619 (K. u. U.-Bibl. Bresl.) S. 281 ff. u. 291 ff. (niederdeutsch). Danach bei G. F. Baron thoe Schwartzen-

Stammgut »Lyauckema huys, huysinghe, hornlegher ende hof, land ende sant« fallen soll an Schelto Lyauckema, »salige Sicke audste soon . . . to eeuwige tyden to durryen in praecipuum, praelegaet ende vorndeel, in aeyndum ende possessie«. Stirbt Schelto ohne »echte bern«, so fällt das »voorndeel« an dessen Bruder Sicke, ebenso dann weiter an die übrigen Geschwister. Auch eine Folgeordnung wird bestimmt:

Item toe allen tyden Schelto, der ney Schelto bern, der aadst is, der ney zyn audste berns bern, ende soo int eeuwich in dy delgaende graed, allinne to habben, sonder deelschip deer van toe dwaen, oft by wanverstandt van dat aadste bern, to allen tyden een van da ora bern, derir bequaemst to is, dat voorndeel als voorschreven to habben.

Die gleiche Primogeniturordnung gilt auch in den substituierten Linien. Hervorzuheben ist ferner die Vorschrift, daß der Folger Lyauckema-Hof selbst bewirtschaften muß.

Aber auch innerhalb der Grenzen des deutschen Sprachgebiets im engeren Sinne finden sich Fideikommißstiftungen aus dieser Zeit, besonders in Süddeutschland. Zwei Angehörige eines österreichischen Geschlechts, Freiherren zu Wolkenstein, haben am 12. Januar 1530 einen Erbvertrag[1] miteinander geschlossen, in dem bestimmt wird, daß »welcher aus vns iezbemeldten Gevetter und vnsern Erben Manns-Stammen absteigender Linien vor den andern mit Todt abgehet, daß

berg, Groot Placaat en Charter-Boek van Vriesland II (1773) p. 668. Zum Teil angeführt von Johannes a Sande, Decisiones Frisicae ed. 3. Leovardiae 1656 (auch unter dem Titel Theatrum Practicantium hoc est Decisiones aureae, in: Opera omnia Juridica Johannis et Frederici a Sande, Antuerpiae 1674) Lib. IV Tit. 5 Def. 8, p. 389 ss., wo die Entscheidung in dem oben erwähnten Prozeß mitgeteilt und begründet wird. Das Buch, dessen Kenntnis ich Herrn Geheimrat Frommhold in Greifswald verdanke, enthält zahlreiche friesische Fideikommißurteile, zum Teil unter Mitteilung des Stiftungsdatums oder von Auszügen aus der Stiftungsurkunde. Der obige Fall ist der älteste datierte. Dann folgt das Testament der Witwe Reinskia van Camstra vom 28. Oktober 1544 (Def. 20 S. 317), des Popko van Mockama vom 6. März 1547 (Def. 15 S. 307), der Cunera van Martena vom 10. Mai 1564 (Def. 11 S. 303), der Hilckia Rietheimers vom 2. Mai 1578 (Def. 5 S. 284), des Gemma van Barmania vom 18. Juni 1598 (Def. 7 S. 287). Die Testamente lassen sämtlich römischen Rechtseinfluß erkennen. Es erhellt, daß auch in Friesland während des ganzen 16. Jahrhunderts das Mischgebilde des Familienfideikommisses in Flor war.

[1] Gedruckt bei Lünig, Spic. sec. II 1546.

alsdann der Eltist aus vns und vnsern Mändlichen hinter vns verlassenen Erben, wie obstehet, der andern jüngern vorgehen« solle. Der Vertrag soll auch die Erben binden, und diese sollen »in ewig Zeit, so lang vnser Manns-Stamben aufrecht ist, steiff und ganz unzerrittlich bey einander bestehen, verharren unnd bleiben bey Verpündniß vnser beder Gefettern und aller und jeder vnser Erben Hab und Gut kheine ausgenomben, jezt alsdan, und dan als jezt«.

Eine Fideikommißstiftung von 1522 ist enthalten in dem Testament eines Herrn Hans Simon von St. (Stein?) aus einem in Schwaben und im Elsaß begüterten Hause; die Urkunde ist bruchstückweise wiedergegeben in einem Tübinger Fakultätsgutachten Gabriel Schweders[1] ohne Nennung des vollen Geschlechtsnamens und des genaueren Datums. Der Testator setzt[2], um »sein Herkommen, Stamm und Nahmen . . . zu erhalten ... und zu vermehren,« seinen Bruder Hans Walther von S. zum Erben ein, falls er, Testator, ohne männliche Deszendenz stürbe, substituiert die Söhne des Hans Walther, diesen für den Fall des erblosen Versterbens vor dem Testator seinen Vetter Hans von S., Obervogt zu D. von der elsässischen Linie; »und ob er der Zeit meines Absterbens nicht mehr im Leben«, soll das Gut werden »einem seiner ehelichen leiblichen und weltlichen Söhnen, und dazu dem Eltesten des Stamens und Nahmens, auch Schild und Helms von S., so mein Tot erlebet«. Diese alle »instituiert« er zu Erben, »mit gemeiner und nothdürfftiger Zierlichkeit der Recht«, und fährt fort:

> Desgleichen, ob sich begebe, daß des gedachten Hansen von S. eheliche und weltliche Söhne oder mehr auch ohne eheliche Leibs-Erben Manns-Personen mit Todt abgiengen, so soll alsdann des oder der denen allen von mir ererbter gebührenden Theil auf den oder die andern sein lieben weltlichen Bruder fallen, und also einer auf den andern erben, mit fürnemlicher Ausschliessung ihrer Schwestern, dero Kinder und Kinds-Kinder, die hierin gantz biß auf den letzten Fall ausgeschlossen heissen und seyn sollen.

Abermals einen erheblichen Schritt rückwärts führt uns die Betrachtung des schon früher berührten Fideikommisses der Fugger zu

[1] Consilia Tubingensia VI (1735), cons. 64, S. 400 ff.
[2] S. 404 f. n. 22, S. 417 f. n. 214.

Augsburg, das auch heute als solches besteht, nachdem es im 18. Jahrhundert durch Erlangung der reichsfürstlichen Stellung seitens der Familie vorübergehend den Charakter als Hausgut angenommen hatte. Als Stiftungsurkunde dieses Fideikommisses gilt mit Recht eine noch ältere als die oben angeführte Urkunde von 1575, die in Wahrheit nur eine Fideikommißerneuerung ist, nämlich das Testament Jakob Fuggers des Reichen, datiert Augsburg 22. Dezember 1525[1], in dem er seine Vettern Anton und Raimund Fugger, die Stammväter der beiden Hauptlinien des Geschlechts, zu Universalerben aller seiner Güter einsetzte[2]. Eine Individualfolgeordnung fehlt; doch ist bestimmt[3], daß die liegenden Güter »auf ein haufen gesetzt« und nach dem Absterben der zunächst eingesetzten Erben »iren mannlichen ehelichen weltlichen erben in absteigender linien . . . volgen, werden und zusteen sollen«. Keiner von ihnen soll seinen Anteil »on verwilligung der anderen zu verkaufen oder zu versetzen ganz nicht macht haben«. Die Anfänge der Fideikommißbildung bei den Fuggern lassen sich aber sogar noch viel weiter zurückverfolgen, nämlich in die Gesellschaftsverträge des Handelshauses[4]. In dem Vertrag Jacobs über die liegenden Güter, Augsburg, den 24. Dezember 1502, heißt es[5], diese sollten auf »sein leiblich weltlich eeliche söne oder jre weltliche eheliche männliche absteigende erben ires namens und stammens« fallen. Und in dem Vertrag über die ungarischen Bergwerke und die liegenden Güter vom 30. Dezember 1502 wird gesagt[6], diese sollten »den ehelichen und weltlichen sünen

---

[1] Bei Max Jansen, Jakob Fugger der Reiche (1910), S. 329 ff.; vgl. auch »Über den Fortbestand der Geschlechtsfideikommisse der . . . Fuggerischen Familie«. München 1818, S. 14.

[2] Auch schon das erste Testament Jakobs, Augsburg 27. August 1521 (Jansen S. 306 ff.), bestimmt, daß »die ligenden guetter« an mehrere Vettern »und ire eleiblichen mandlichen weltlichen leibserben fallen, den werden und beleiben solle . . . und in denselben kein sonderung gemacht, sonder allain ain gut haissen und sein« solle (S. 323).

[3] S. 342 ff.

[4] So auch Jansen, S. 35. Über den handelsrechtlichen Inhalt der Gesellschaftsverträge Jakob Fuggers des Reichen siehe jetzt auch Otto Peterka in Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht 73 (1913), über die »Gütererwerbungen Jacob Fuggers des Reichen (1494—1525)« Thea Düvel, Studien zur Fugger-Geschichte IV (1913).

[5] Ebd. S. 281.

[6] Ebd. S. 298.

gebüren und zuesteen« ... »zu eren nutz und aufnemen unsers sonderlich mannlichs ehelichs und weltlichs nammens und stammens auch unser nachkommen«.

Auch dieses ist aber noch nicht das älteste deutsche Familienfideikommiß, wenn wir das Institut damit auch schon bis unmittelbar in den Beginn der Rezeptionszeit zurück verfolgt haben. Ein anderes schwäbisches Fideikommiß ist noch etwas älter. Wie erwähnt, sind in die oben angeführte erneuerte Rechbergische Fideikommißordnung von 1591 einige ältere Urkunden übernommen, die dort sämtlich als perpetuum fideicommissum bezeichnet werden[1]. In der Tat kann bezüglich der einen von ihnen, des Testamentes des Wolf von Rechberg vom 9. November 1501[2], nicht zweifelhaft sein, daß eine vom Römischen Recht beeinflußte Fideikommißerrichtung vorliegt. Der Passus, der die Erbeseinsetzung enthält, lautet wörtlich:

> ... fürter setz, instituir und ordne ich zu meinem rechten Erben aller meiner verlassen Haab und Gut, liegends und fahrends, wo ich nicht Manns-Personen ehelich Leibs-Erben hinter mir verließ, meinen lieben Vettern Wilhelmen von Rechberg zu Neuburg, also und mit der Bescheidenheit, daß das Schloß Hohen-Rechberg, nachdem Wir von Hohen-Rechberg den Nahmen und Stammen daher haben, das vest und starck uns allen zu Unterhaltung unsers Nahmens und Stammens, ehrlich, dienstlich und nutzlich ist, auch gedachte Nahm und Stamm, neben andern Herren, Rittern und Edel Knecht bey Römischen Kaysern und Königen, und andern Fürsten Ehrlich und wol herkommen ist, mein letzter Will und Meinung, wie zum Theil meines Vatters seeligen auch gewesen, und durch die Röm. Königl. Maj. bestättigt und confirmirt, daß das gemeldt Schloß Hohen-Rechberg, mit vierhundert Guldin ewiger Gült, so darzu gehörig seyn sollen, gefallende von meinen Gülten und Gütern, nicht mehr von unser von Rechberg Nahmen und Stammen kommen, sondern darbey jezo und ewiglich, dieweil der Nahm und Stamm im Leben ist, bey denselben es also ungetheilt bleiben soll, dergestalt, daß es Wilhelm von Rechberg, mein Vetter, so ich nicht Ehelich Mannlich

[1] Lünig XII, S. 507a, 512a, 528a. Vgl. dazu auch Consilia Tubing. VIII (1741) S. 184 ff., cons. 27 von W. A. Schoepf.

[2] Ebd. S. 512—15.

Leibs-Erben hinter mir verließ, nach meinem Todt eingeantwurtet werden solle, und ob Wilhelm nicht im Leben nach meinem Todt wäre, so soll dem, so mir am nächsten der Freundschafft verwant, von Rechberg meines Nahmens und Stammens und in Weltlichem Stand und ehelich gebohren ist, mein Erb in gemeldtem Schloß mit seiner Zugehörd werden, den ich hiemit instituir und setze, und wann derselbig mein Erb auch mit Todt abgehen wurde, so ist mein letzter Will und Ordnung, daß es mit Hohen-Rechberg dem Schloß und vierhundert Guldin ewiger Gült darzu gehörig, allweg für und für gehalten werde, daß der nächst Freund des abgestorbenen, so des Nahmens und Stammens von Hohen-Rechberg, und in Weltlichem Stand und ehelich geboren ist, dasselbig Schloß mit seiner Gült der vierhundert Guldin erben solle, damit Hohen-Rechberg mit seiner Zugehörd, wie oben verlaut, allweg bey Unser der von Rechberg Nahmen und Stammen ewiglich bleibe ohne Beschwehrd, auch darvon nicht gezogen einicher Theil, die man nennet Hülff der Güter, zu Latein Bonorum Subsidium oder ein Viertheil Trebellionis oder Falcidii, und damit daßelb Schloß mit seiner Gült der vierhundert Guldin also ohne getheilt und ohne zertrennt bey unserm Nahmen und Stammen bleib, und in dehein ander Hände, durch Testament, Conträct oder in andere Weg nicht komme, gewendt oder versetzt, veräussert oder bekümmert werde, so will und setz ich, daß nach meinem Abgang das gedacht Schloß und Gült ein recht verfangen und wiederfällig Gut, hafft und Unterpfand dem Nahmen und Stammen Rechberg seyn soll und heissen. Also daß der nächst Erb meines Nahmens und Stammens das allweg sein Lebenlang unverändert, und ohne Beschwehrd soll und mag innhaben, nutzen, nießen und erben, wie vorgemeldt, es wäre dann Sach, daß derselbig dehein ander Gut hätte, darauff er sein Weib und Kinder möchte verwidmen, verweisen und aussteuren, so mag er das auff und von der Gült der vierhundert Guldin zu dem Schloß Hohen-Rechberg gehörig nach ziemlichen Dingen thun.

Formell handelt es sich um ein Gerichtsprotokoll des Herzogs Ulrich von Württemberg über eine vor ihm und seinen Räten in seiner Kanzlei, »der gemeinen Rath-Stuben«, stattgehabte Verhandlung.

Von allergrößtem Interesse für die Entwickelung des Rechtsinstitutes in diesen seinen Anfängen ist es nun, daß auch die letztwillige Verfügung Ulrichs von Rechberg des Älteren, des Vaters des Testators, auf die er sich bezieht und die zum Teil mit der seinen identisch sein soll, der erneuerten Fideikommißordnung einverleibt worden und so erhalten geblieben ist. Es handelt sich um ein Notariatsinstrument des Bischofs von Augsburg, datiert aus Heuchlingen vom 1. September 1494, enthaltend ein solennes Testament vor sieben Zeugen und bestätigt von Kaiser Maximilian zu Innsbruck am 24. Oktober 1497[1]. An der Echtheit zu zweifeln, liegt kein Grund vor. Die Verfügung über Schloß Hohen-Rechberg und die vierhundert Gulden Ewiggeld lautet[2]:

> und soll dann Rechberg an mein Bruder, und nach seinem Todt, allwegen an den nächsten Erben meiner Linien, Nahmens und Stamens gefallen, und derselb mein Bruder und Erb, ehe dann Ihm das Schloß eingeben würdt, soll meinen Pflegern Verschreibung und genugsame Versicherung thun, daß Er das Schloß Rechberg mit Vierhundert Gulden Güldt behalten, und behandhaben; Und ob Er das verkauffen wolle, daß Er sollich Schloß mit seiner vierhundert Güldt Zugehörd niemand zu kauffen geben möge, dann gehn eim von Rechberg Nahmens nnd Stammens, damit es allwegen bey dem alten Stammen bleib, und were, ob mein Bruder, oder andere Erben solch Verschreibung des Schloß halb Rechberg, wie vorstehet, nicht geben wolt, so sollen mein Pfleger das Schloß dem nächsten meiner Linien Nahmens und Stammes, der sich verschrieb, wie vorstehet, ingeben, . . .

In der kaiserlichen Konfirmation wird die Bestimmung noch dahin erläutert, daß Rechberg fallen solle »auff den nächsten Männlichen Erben, des Testierers Linien, Nahmens und Stammens, also daß es für und für ewiglich bey der von Rechberg Mannlichen Nahmen und Stammen bleibe«.

Liegt demnach auch hier, im Jahre 1494, zweifellos eine Stammgutstiftung vor, so wird man sich, bei dem Fehlen aller auf römische Rechtseinrichtungen bezüglicher Ausdrücke und Wendungen, doch schwerlich entschließen können, sie ein Familienfideikommiß zu nennen, zumal die Bestimmung über die Verstattung eines Verkaufes

---

[1] Lünig, S. 507—12.

[2] S. 509.

an einen andern Rechberg auf ein deutsches Rechtsinstitut hindeutet. Vielmehr wird man, bei Gegenüberstellung der beiden Urkunden von 1494 und 1501, der Ansicht zuneigen müssen, daß wir hier im wesentlichen das gleiche Geschäft in verschiedener Form vor uns haben, das einemal in seiner rein deutschrechtlichen Gestalt, das anderemal als ein Mischgebilde deutschen und römischen Geistes[1]. Die Rezeption des römischen Rechts hat sich für die Familie der Rechberg zwischen diesen beiden Jahren vollzogen, oder wahrscheinlich vielmehr erst im Jahre 1501 selbst bei Abfassung der Urkunde. 'Denn im Gegensatz zu dem Testament des Vaters ist das des Sohnes vor einem fürstlichen Hof- und Kammergericht abgefaßt; und diese waren, wie bekannt, mit ihren gelehrten Räten die Hauptträger der Rezeption.

Die Berechtigung dieses Schlusses erhellt noch klarer, wenn wir, um den Fall Rechberg nicht als vereinzelte Erscheinung auftreten zu lassen, hinzufügen, daß die gleiche Beobachtung eines Nacheinander rein deutscher und römisch beeinflußter Stammgutstiftungen auch in andern Häusern zu machen ist. Das oben erwähnte schwäbische Fideikommiß St. von 1522 hat einen Vorläufer in einer Stammgutstiftung des Ritters Hans von St. von 1449[2], einem Hausvertrage, »sammtlich ordnung und gemächt,« durch den gleichfalls bewirkt wird, daß die Güter an die »nechsten Erben Manns-Nahmen des Schild und Helms von S. gefallen, und also . . . je[3] von einem von S. an den andern,« wobei, genau wie im Testament von 1522, mehrere Linien in bestimmter Reihenfolge nacheinander berufen wurden. Und das älteste norddeutsche Fideikommiß, das wir anführen konnten, das friesische Testament Epos van Lyauckema von 1535, hat ein Gegenstück in der gleichen Familie in Gestalt des Testamentes des Schelto van Lyauckema von 1479[4].

Die Untersuchung der Urkunden hat uns also ergeben, daß das mixtum compositum des deutschen Familienfideikommisses sich bis zum Anfang des 16. Jahrhunderts zurückverfolgen

---

[1] Neben den römischen Floskeln beachte man die Häufung deutscher Rechtsbezeichnungen zur Hervorhebung der Bindung »ein recht verfangen und wiederfällig Gut, hafft und Unterpfand«.

[2] Consilia Tubing. VI cons. 44 n. 3, S. 401; n. 9 S. 402; Text S. 407, 410 f., 412, 416, 421.

[3] In dem gedruckt vorliegenden Text steht »ja«, was offenbar ein Lesefehler ist. Auch sonst ist der Text nicht fehlerfrei, und die Sprache modernisiert.

[4] Abgedruckt bei van Jnthiema a. a. O. S. 273 ff.

läßt. Für das mit dem Jahre 1501 beginnende Jahrhundert haben wir, über alle deutschen Länder verteilt, außer den 25 sich selbst als Fideikommiß bezeichnenden Urkunden 22 weitere kennen gelernt, die wir aus der Zahl der übrigen herausgriffen. Um ein anschaulicheres Bild von der ungeahnten Verbreitung des Instituts zu geben, sei eine Anzahl weiterer zweifelfreier Fideikommisse, die in dieser Zeit gegründet wurden, unter Bevorzugung der heute noch als solche bestehenden, wenigstens aufgezählt. Allerdings ist auch diese Liste nicht vollständig, da die intensiveren Nachforschungen aus äußeren Gründen auf Preußen und Österreich beschränkt werden mußten, obwohl Süddeutschland, insbesondere Schwaben, wie die Untersuchung ergab, gerade für die Frühzeit besonders ergiebig zu sein scheint. Es wurden gestiftet die Fideikommisse:

1579 Graf Harrach (Österreich) (Menčik, Mitt. Inst. f. Öst. Geschichtsf. 20 [1899], S. 106). Majorat. Noch heute Fideikommiß.

1589 Freiherr von Stein (Württemberg) Bergenweyler. (Consilia Tubingensia III 1732, cons. 270, S. 628ff.) Testament. Majorat.

1589 Freiherr von Seinsheim (gedruckt bei Lünig XI, S. 65 c), Testament. Substitution, später zwei Majorate.

1591 Graf von Bentheim-Tecklenburg zu Rheda (Kunsemüller, S. 72f.), drei Primogenituren. Heute Fideikommiß.

1591 Malowetz von Chegnow (Böhmen) (Jur. Bl. 1881, S. 185), Testament, keine Individualsukzession. Heute Senioratsfideikommiß.

1592 Freih. von Kapoun (Böhmen) (Ebd.), Substitution, dann Seniorat. Noch heute Fideikommiß.

1593 Graf von Sayn-Witgenstein (gedruckt bei Lünig, Spic. sec. II, S. 1046, auch bei Ludolf, de introd. juris Primogeniturae 1733, VI 29), Testament, zwei Primogenituren (Witgenstein und Berleburg); 1607 Erbverbrüderung der Söhne des Stifters (Lünig XI, S. 420 b) »Fideikommiß«. Heute Fideikommiß.

1594 von Münchhausen, Erbteilung (Hannover) (gedruckt bei Treuer, Anh., S. 297ff.) Keine Individualsukzession. (Vgl. Koch, S. 27ff., 55ff.). Heute Fideikommiß.

1598 Graf von Fürstenberg-Herdringen (Kunsemüller S. 13ff. 16, 18). Testament. Keine Individualsukzession. Noch heute Fideikommiß.

Fügen wir diesen, da es ja den Rechtszustand vor Knipschild zu ergründen gilt, noch die im 17. Jahrhundert, aber vor dem Jahre 1626, gestifteten Fideikommisse an, so kommen zu den bisherigen hinzu:

1601 F. von Fr. (Hannover) (Jo. Gottl. Heineccius, Consilia 1744, S. 168ff. und Koch, S. 30f. ohne Nennung des vollen Namens), heute Fideikommiß Graf von Wedel (Koch, S. 52ff., 57ff.). Zur Stiftungszeit ohne feste Folgeordnung.

1604 von Heydwolff zu Germershausen (Hessen) (Original Germershausen). Testament. Keine Individualsukzession. Noch heute Fideikommiß.

1605 Reichsgraf von Khevenhüller (Österreich) (Hofmann, Jur. Bl. 1881, S. 209, Exkurse II, S. 302, Krause, S. 206), Testament. Primogenitur. Noch heute Fideikommiß.

1607 von der Leyen (Erbteilungsrezeß) (Böhmer a. a. O. II 2, S. 98ff., Resp. 827; Nic. Christophor. von Lyncker, Consultationes iuris 1715, S. 363f. Nr. 98, mit falschem Namen; Joh. Ulr. Freih. von Cramer, Wetzlar. Nebenstunden 19 (1760), S. 149ff.) Erbstammvereinigung ohne feste Individualfolge. 1661 als Majoratsfideikommiß erneuert.

1608 Ritter von Bubna (Böhmen) (Jur. Bl. 1881, S. 185). Noch heute Fideikommiß.

1609 von Kötteritz, (Hessen) (Klock, Consilia III S. 52ff.) Testament. Keine Individualfolgeordnung.

1609 von Rechenberg, Herrschaft Deutsch-Wartenberg (Schlesien) (Staatsarchiv Breslau. Rep. 51. Testamente 2. Rechenberg Hans Georg 1609 Dez. 7). Majorat. Durch Testament vom 4. Januar 1610 in eine Primogenitur umgewandelt. (Gedruckt bei M. von Rechenberg, Fundamenta II, Anhang; vgl. oben Fall 15). Nicht als rechtsgültig anerkannt.

1610 (1600) von Schoenaich-Carolath (Oberlandesgericht Breslau) (Hofmann, Exc. S. 308). Herrschaft Beuthen a. Oder, Carolath und Milkau. Testament. Majorat. Noch heute Fideikommiß.

1611 von Waldau (OLG. Breslau) (Staatsarchiv Breslau s. s. Rep. 21, F. Brieg III 34^{III}.) Majorat. Testament. Noch heute Fideikommiß.

1611 von Greifenclau (Volraths i. Rheingau) (Pütter, Auserlesene Rechts-Fälle IV 2 (1802) S. 419). Testament. Keine Individual-

folgeordnung. 1615 und 1675 Erbvertrag. Noch heute Fideikommiß Graf Matuschka-Greiffenclau.

1611 von Reden (Hannover) (Koch, S. 33ff.). Keine Individualsukzession. Testament.

1613 Prämer (Original Bezirksgericht Wien, Innere Stadt) (Jur. Bl. 1905, S. 169). Testament. Keine Individualsukzession. Noch heute Fideikommiß.

1613 von Zinzendorff (Österreich) (Original Landesgericht Wien), (Jur. Bl. 1905, S. 181). Testament. Substitution. Keine Individualfolgeordnung; erst in den Seitenlinien Seniorat. Noch heute Fideikommiß.

1614 Strein von Schwarzenau. Österreich (Ebd.). Testament. Substitution. Seniorat. Noch heute Fideikommiß.

1615 von Hutten (Hessen) (Abschrift Amtsgericht Salmünster, Grundb. Romsthal, Art. 9). Testament. Keine Individualfolge. Ganz neuerdings allodifiziert.

1616 Freiherr von Malowetz (Böhmen) (Jur. Bl. 1881, S. 185). Testament. 1860 erloschen.

1616 Freiherr von Wurmbrandt (Österreich) (Original Landesgericht Wien) (Jur. Bl. 1905, S. 181). Testament. Keine Individualfolgeordnung.

1617 von Schwertzell zu Willingshausen (Hessen) (Abschrift zu Willingshausen.) Erbeinigung. Keine Individualsukzession.

1618 von Schoenaich-Carolath (Oberlandesgericht Breslau). (Staatsarchiv Breslau ss. Rep. 45 Standesh. Car.-Beuthen I 3 q.) Herrschaft Amtitz, Fideikommiß Mellendorf und Schlaupitz. Testament. Zwei Majorate. Noch heute zwei Fideikommisse.

1618 Mugini (Ennetbirgische Vogteien, Schweiz) (Sautier, S. 11).

1618 Graf von Puechheimb (Österreich) (Jur. Bl. 1905, S. 181). Testament. Primogenitur. Noch heute Fideikommiß.

1618 von Salza (Schlesien) (von Salza S. 249). Geldfideikommiß. Majorat.

1620 von Schlichting-Rietschütz (Mark Brandenburg). (Original Kammergericht). Testament. Majorat. Noch heute Fideikommiß.

1621 von Oppen (Prov. Sachsen) (Abschrift OLG. Naumburg). Testament. Substitution. Primogenitur. Noch heute Fideikommiß.

1621 Graf Breuner (Österreich) (Hofmann, Exc. II S. 302, S.-A. S. 28).

1622 Wallenstein-Friedland (Böhmen) (Ebd.). Im 17. Jahrhundert aufgehoben.

1624 Henckel von Donnersmarck (Oberschlesien und Österreich) (Abschrift OLG. Breslau). Testament. Keine Individualfolgeordnung. Heute zwei Fideikommißherrschaften: Graf Henckel-Beuthen und -Tarnowitz-Neudeck. Letztere seit 1899 Primogenitur.

Auch damit ist das überreich fließende Quellenmaterial noch nicht erschöpft. Denn es gibt eine große Anzahl unter den heute bestehenden Fideikommissen, deren Stiftung nachweislich in die Zeit vor der Rezeption des römischen Rechtes zurückreicht, deutschrechtliche Gebilde also, die später dem römisch-deutschen Fideikommißbegriff unterstellt worden sind; und zwar ist diese Unterstellung nachweislich zum Teil schon im 16. Jahrhundert erfolgt. Sie sind in ihrer deutschrechtlichen Erscheinungsform an anderer Stelle zu würdigen. Hier sind sie nur zu nennen, da ohne sie das Bild des Instituts zur Rezeptionszeit lückenhaft sein würde:

1322 von der Malsburg (Hessen) Burgfriede. (Gedruckt bei Lünig, Collectio nova II S. 786). Besteht noch heute als Fideikommiß (Ganerbschaft).

1331 von Hatzfeld, Ganerbschaft (Hessen). (Gedruckt in der Denkschrift die Herrsch. H. betr., 1866, S. 38 Urk. Nr. 4). Fideikommiß mit ganerbschaftlichem Charakter seit der Stamm- und Erbvereinigung von 1598 (gedruckt ebd. S. 55 Nr. 23, vgl. S. 12 ff.). Keine Individualsukzession. Standesherrschaft Hatzfeld-Wildenburg noch heute Fideikommiß; 1662 in eine Primogenitur umgewandelt, 1668 von Kaiser Leopold bestätigt.

1338 von Spiegel (Westfalen), Burgfriede (gedruckt bei Estor II S. 738 ff; Kunsemüller S. 3 ff.). Ganerbschaft 1588 als Fideikommiß erneuert. (Bereits oben erwähnt (Fall 12). Heute drei Fideikommisse.

1390 von Bodmann, Stammgutstiftung Möggingen (gedruckt in der Gesch. d. Freih. v. B., Schriften d. Vereins f. Gesch. d. Bodensees 30, 1901, S. 502 f., Nr. 1586). 1773 Fideikommiß (Ebd. 28, 1899, S. 445 Nr. 1456). Heute Fideikommiß (badisches Stammgut; ebd. S. 486 Nr. 1539).

1400 Schenck zu Schweinsberg, Ganerbschaft, heute Fideikommiß (Hessen) (gedruckt bei Estor III, S. 271, vgl. 361 ff., und I [2. Aufl. 1736], S. 39 ff.; Lünig, Collectio nova II, S. 795; Gul. Schenck de Schweinsberg, De bonorum stemmaticorum et fideicommissorum . . . origine, Marb. Diss. 1829)

1412 Freiherrn von der Tann, Ganerbschaft, heute Fideikommiß (Oberlandesgericht Cassel), (gedruckt Estor III S. 64, 61, 77).

1434 von Bodenhausen, Ganerbschaft zu Arnstein (gedruckt bei Pufendorf, Observationes juris III 1756, S. 85 ff.). 1602 Erbeinigung und Lehngutstiftung. 1820 Erbvertrag (Fideikommiß). Heute Fideikommiß in Hannover und Hessen (Arnstein, Niedergandern und Witzenhausen) (Vgl. Koch, S. 65).

1466 von Haxthausen, Erbeinigung, Fideikommiß seit 1588 (Oberlandesgericht Hamm), (Kunsemüller, S. 8 ff.).

1487 Fürsten von Bentheim-Steinfurt, Erbvereinigung (gedruckt bei Lünig XI, S. 6b), heute Fideikommiß (Oberlandesgericht Hamm).

1504 von Liechtenstein, Erbvereinigung (Original Fürstlich Liechtensteinische Hofkanzlei Wien) (Jur. Bl. 1881, S. 185; 1905, S. 169, 181), heute Fürstlich Liechtensteinisches Primogenitur-Fideikommiß; als Fideikommiß bereits 1606 erneuert. (Abschrift Landesgericht Wien.)

1505 von Egloffstein (Bayr. Franken), Ganerbschaft, später Gesamtfideikommiß (E. H. Kneschke, Deutsche Grafenhäuser I (1852), S. 211).

1517 Grafen zu Ysenburg, Erbeinigung (gedruckt bei Lünig XI, S. 608 b), heute Fideikommisse Fürst Ysenburg-Büdingen-Wächtersbach und Fürst Ysenburg-Büdingen-Birstein.

1551 Grafen zu Manderscheid, Erbeinigung, 1728 als Majorats-Fideikommiß erneuert (von Cramer 19, S. 138 ff.).

1586 von Oldershausen (Hannover), Pactum de non alienando über Stammgüter; im 18. Jahrhundert Fideikommiß (Koch, S. 46).

1586 Riedesel Freiherrn zu Eisenbach (Hessen), Erbeinigung, heute Fideikommiß ohne Individualsukzession. (Gedruckt in: Erbvertrag der Riedesel Freiherrn von Eisenbach. Errichtet am 23. Februar 1893. Leipzig 1903/4. S. 287 ff. Auch bei Oetter,

Hist. Nachr. v. d. Hause d. Herren Riedesel Frhr. z. E. 1778, S. 83 ff., vgl. S. 78; vgl. ferner Pütter, Auserlesene Rechtsfälle I 1 (1760), S. 129 ff. und von Cramer 19, S. 84). Ferner Landau, Die hessischen Ritterburgen IV 1839, S. 47 ff., 71 ff..)

1607 Feer (Luzern), Zugrecht, heute Fideikommiß (Sautier, S. 130).

1618 Freiherren von Dörnberg zu Herzberg und Hausen (Hessen) (Original Staatsarchiv Marburg, Urkundenarchiv Freih. v. Dörnberg). Heute Fideikommiß ohne Individualsukzession. Vgl. G. Schenck de Schweinsberg a. a. O.).

Das Stiftungsdatum vermag ich einstweilen noch nicht anzugeben für das nach Hofmann (Exk. II, S. 306) sehr alte und durch Erbeinigungen vorbereitete[1] Fideikommiß der Freiherren von Stadl (Steiermark).

Alles in allem haben wir von hundert Fideikommißstiftungen aus der Zeit vor Knipschild Kenntnis erlangt, ohne die sämtlichen Quellen ausgebeutet zu haben. Es ist kein Zweifel, daß das Institut bereits seit Anfang des 16. Jahrhunderts ein blühendes Leben zeigt. Freilich, das einheitliche moderne Familienfideikommiß ist es noch nicht. Vielmehr weist es Züge auf, die Hofmann als charakteristisch auch für das ältere italienische Familienfideikommiß nachgewiesen hat. Insbesondere treten neben Fideikommissen mit fester Folgeordnung auch solche ohne Festsetzung einer bestimmten Sukzessionsordnung, sowie ohne Individualnachfolge auf.

Daneben aber sind uns auch unzweideutige Spuren deutschrechtlicher Elemente entgegengetreten, die sich mit den römisch-italienischen Bildungen vermischt haben. Es gilt nunmehr, beiden Wurzeln nachzuspüren und das Ergebnis ihrer Vereinigung im Werden aufzudecken.

---

[1] Danach kann es nicht identisch sein mit dem oben erwähnten Fideikommiß Peter Zollners zugunsten der Freiherren von Stadl (Fall 25).

Recht und Kirche.

Von

Johannes Niedner.

DIE Feier, zu der auch diese Zeilen geschrieben sind, fordert es, des Werkes von Sohm ganz besonders zu gedenken, das in der Entwicklung der Kirchenrechtswissenschaft einen Markstein bildet und weit über die Grenzen dieser Wissenschaft hinaus Wirkungen geäußert hat. Es könnte auf den ersten Blick überflüssig erscheinen, das heute noch besonders hervorzuheben. Denn als Sohms Kirchenrecht im Jahre 1892 erschien, war man sich allseitig sofort darüber einig, daß es »ein Ereignis von überraschender Bedeutung« sei und alle zum sachverständigen Urteil Berufenen, Juristen wie Theologen, würdigten es als eine glänzende Leistung. Aber in merkwürdigem Gegensatz zu der hohen Wertschätzung, die das Werk im ganzen von vornherein fand, stand das Urteil in einem Punkte. Gerade das, was die Seele des ganzen Buches ausmachte, fand keine Anerkennung. »Das geistliche Wesen der Kirche schließt jede kirchliche Rechtsordnung aus«, so beginnt das Buch, mit den Worten: »Das Wesen des Kirchenrechts steht mit dem Wesen der Kirche im Widerspruch« schließt es und dem Nachweis der Richtigkeit dieser Behauptung soll das ganze Buch dienen. Selten ist wohl eine wissenschaftliche These so einmütig abgelehnt. Worin konnte dann aber wohl die »überraschende Bedeutung« seines Buches gefunden werden? Darin, daß er das Problem des Verhältnisses von Recht und Kirche zuerst gründlich ins Auge gefaßt hätte? Gewiß nicht. Kahl wies gleich darauf hin, daß diese Frage »von J. H. Böhmer an bis auf Puchta und A. v. Scheurl nicht wenige beschäftigt hat.« Sie ist übrigens auch schon vor Böhmer und nach Scheurl eingehend erörtert. Denn um nichts Anderes handelte es sich, wenn Christian Thomasius in Anschluß an Pufendorf die These aufstellte, daß die Religion kein objectum legum humanarum sei, und noch nach Scheurl haben Ritschl[1] und Bierling[2] das Problem scharf ins Auge gefaßt und in gründlichen

[1] Die Begründung des Kirchenrechts im evang. Begriff v. d. Kirche in der Zeitschr. f. Kirchenrecht Bd. 8, S. 220 ff. (1869).

[2] Die moderne Doctrin von dem unabänderlichen Recht der lutherischen Kirchenlehre a. a. O. Bd. 11, S. 43 ff., 216 ff. (1873) und das Wesen des positiven Rechts und das Kirchenrecht a. a. O. Bd. 13, S. 256 ff. (1876).

Ausführungen behandelt. Das Überraschende in Sohms Buch lag darin, daß gerade ein Jurist mit, man möchte fast sagen, leidenschaftlicher Entschiedenheit den Satz vertrat, daß jede Rechtsordnung von der Kirche fernzuhalten sei. Die wissenschaftliche Bedeutung seines Buchs aber wurde zunächst in folgendem gefunden: Sohm legte das Hauptgewicht auf den historischen Nachweis, daß eine christliche Kirche ohne Rechtsordnung tatsächlich bestanden habe; und daß die Gründe, die zur Einführung und Beibehaltung einer Rechtsordnung für die Kirche maßgebend wurden, jeweils nicht auf urchristlichen Anschauungen beruhten. Zu diesem Zwecke ging er in tiefgründiger historischer Forschung der Entwicklung der christlichen Kirche nach und brachte damit ein reiches Beurteilungsmaterial bei, das seinen hohen wissenschaftlichen Wert behalten wird auch wenn seine Ergebnisse im einzelnen korrigiert[1] und die Folgerungen, die er aus dem gefundenen Material zieht, nicht angenommen werden sollten. Damit gab er zugleich gewiß auch originelle Gesichtspunkte für die Beurteilung des Problems Recht und Kirche. Denn wenn auch mit dem Nachweis, daß eine Kirche ohne Rechtsordnung tatsächlich bestand, noch nicht der Nachweis erbracht ist, daß eine Rechtsordnung dem Wesen der Kirche widerspricht, so gäbe jener Nachweis doch auch für die, welche Sohms These nicht vorbehaltlos annehmen, ein starkes Motiv ab, das Ideal einer Kirche ohne Rechtsordnung anzustreben, und oft genug hat man sich gerade neuerlich wieder in der Praxis darauf berufen. Aber es wurde nun freilich gerade diese praktische Bedeutung, die der Nachweis einer rechtlosen Urkirche hätte haben können, von ihm selbst wieder verneint. Denn Sohm kommt gerade auf Grund seiner dann folgenden historischen Darstellung zu dem Resultat, daß »mit eiserner Notwendigkeit« die Rechtsordnung in die Kirche kommen mußte. Hat doch ein Kritiker (Halban Blumenstock) bemerkt, Sohm habe durch seine Darstellung des geschichtlichen Entwicklungsganges »der Verfassung der katholischen Kirche und damit auch dem Kirchenrechte ein glänzendes Zeugnis gegeben« und es sei gar »wohl schwer möglich eine bessere Apologie des päpstlichen Primates zu verfassen«. Damit scheint aber manchem die Behandlung des Problems alle praktische Bedeutung zu verlieren. »Selbst wenn Sohm Recht hätte«, fragt Fried-

[1] Vgl. die neuesten Forschungen über die Verfassung der altchristlichen Kirche von Lietzmann in der Zeitschrift f. wissenschaftliche Theologie, Jahrg. 55, S. 97—154 (1913).

berg fast unwillig, »was soll die praktische Konsequenz seines Axioms sein. Soll das Kirchenrecht wieder ausgerottet werden?« Und so sind viele in der Tat der Ansicht, daß die wissenschaftliche Bedeutung von Sohms Kirchenrecht allein in der Beibringung des reichen historischen Materials liege, und daß man sich also mit diesem Gewinn und dem ästhetischen Genuß, den die Lektüre seines Buchs gewährt, begnügen, die Kontroverse aber nun wohl auf sich beruhen lassen könnte, und weitverbreitet ist die Anschauung, daß deren Erörterung jedenfalls keinen praktischen Wert hat. Ein kürzlich aufgetretener Verteidiger von Sohms These[1] hat keine weitere Beachtung gefunden und Sohms neuere Verhandlung mit Harnack[2] stellt sich mehr wie ein Nachzüglergefecht dar.

Damit wäre die Bedeuturg des von Sohm behandelten Problems aber völlig verkannt; und dem möchte ich entgegentreten, indem ich auf seine Bedeutung gerade auch vom Standpunkt des praktischen Juristen aus hinweise und, soweit es im Rahmen einer bescheidenen Gratulationsschrift möglich ist, einige Gesichtspunkte angebe, unter denen wir das Problem auch in der Praxis dauernd im Auge behalten müssen. Eine praktische Erwägung sehe ich dabei schon in folgendem. Ich meine, daß Niemand, der irgendwie mit kirchlichen Verhältnissen zu tun hat, die Frage, ob das Recht mit dem Wesen der Kirche in Widerspruch steht, für sich deshalb dahingestellt sein lassen darf, weil das Kirchenrecht doch nun einmal da sei und angewendet werden müsse. Es ist für den, der mit innerem Interesse, als Theologe, Jurist oder Laie, auf kirchlichem Gebiet tätig ist, nicht gleichgültig, ob er sich ständig zu sagen hat, daß die rechtliche Ordnung seiner eigenen Betätigung im Grunde genommen ein Übel ist, durch das das wahre Interesse der Kirche ständig geschädigt wird, oder ob er überzeugt ist, daß das Recht dazu dienen kann und soll, kirchliches Leben zu förden. Lähmend muß es auf jeden nicht rein handwerksmäßig Arbeitenden wirken und verdrossen muß es ihn machen, wenn er mit der Befolgung und Anwendung des Rechts etwas Unheilvolles zu tun glaubt. Durch solche Stimmung muß schließlich auch sein Handeln beeinflußt werden. Und die, welche in der Kirche oder von Staatswegen gar an der Weiterentwicklung der kirchlichen Rechtsordnung mitzuarbeiten berufen sind, können gewiß nichts Rechtes

---

[1] Schönborn, Kirche und Recht in der internationalen Monatsschrift 1912, S. 619.

[2] Vgl. Harnack, Verfassung und Recht der Alten Kirche 1910, S. 121 und dazu das Vorwort in Sohms Wesen und Ursprung des Katholicismus 2. Aufl. 1912.

schaffen, wenn sie der Überzeugung sind, daß jede Rechtsordnung in der Kirche überhaupt von Übel ist. Die innere Stellungnahme zu Sohms These ist schon unter diesem Gesichtspunkt von praktischer Bedeutung. Denn so liegt es auch nicht, daß man das Problem des Verhältnisses von Recht und Kirche etwa als in allen Punkten gegen Sohm endgültig klargestellt ansehen könnte. Schon der Umstand, daß die Problemfrage immer wieder gestellt wird, muß Zweifel erwecken. Ein irgendwie berechtigter Kern muß doch wohl in der immer wieder auftretenden Reaktion des kirchlichen Empfindens gegen die Rechtsordnung überhaupt stecken. Das von Sohm behandelte Problem birgt in sich eine Frage, die entschieden noch weiter geklärt werden muß. Mag man nämlich selbst den Standpunkt für abgetan halten, daß jede Rechtsordnung unbedingt mit dem Wesen der Kirche in Widerspruch steht, die Frage, inwieweit Rechtsordnung für die Betätigung kirchlichen Lebens paßt, bleibt immer noch offen. Ihre Beantwortung erfordert es gleichfalls, den von Sohm entwickelten Gedankenreihen nachzugehen. Das zeigt sich bei den verschiedenen gerade gegenwärtig praktisch gewordenen Fragen nach der Gestaltung der evangelischen Kirchenverfassung. So vor allen in der noch unausgetragenen Frage nach der Zulässigkeit einer Rechtseinrichtung zur Wahrung bekenntnismäßiger Lehre, wie sie kürzlich in der altpreußischen Landeskirche eingeführt wurde. Trat doch hier Sohm selbst gleich als erster Rufer im Streit auf den Plan. Weiter aber in der Frage der Umgestaltung unserer evangelischen Kirchenverfassung im ganzen, wie sie besonders von liberaler Seite gefordert wird. Hier gewinnt das Streben, zu kirchlichen Gemeinschaften zu kommen, die von jedem Rechtszwange frei sind, eine immer weitere Ausbreitung und hat bereits zu praktischen Vorschlägen, wie dem von Erich Foerster geführt. Man glaubt, jenes Ziel dadurch erreichen zu können, daß man die sogenannter Externa, die äußeren kirchlichen Angelegenheiten, bei denen eine gewisse Rechtsordnung keinem praktischen Mann entbehrlich erscheinen wird, als nicht eigentlich zur spezifisch kirchlichen Betätigung gehörig besonderen Verbänden überläßt, sodaß für die eigentliche Kirche nur noch rein religiöse Betätigung übrig bleibt, für die man eine besondere Rechtsordnung dann wohl glaubt entbehren zu können. Und schließlich wirken die Anschauungen, wie sie Sohm vertritt, offenbar auch sehr stark mit in der großen auf Trennung von Staat und Kirche gerichteten Bewegung, die leicht über Nacht zu einer Umwälzung unseres

Gemeinschaftslebens führen kann. Denn man fordert diese Trennung auch unter dem Gesichtspunkt, daß man für die Kirche keine Zwangsordnung haben wolle, jede Rechtsordnung aber sieht man als Zwangsordnung und jede Zwangsordnung als Staatsordnung an und so glaubt man mit der Freiheit von der Staatsordnung für die Kirche zugleich die Freiheit von der Rechtsordnung und damit vom Zwange überhaupt zu gewinnen. Es besteht in der Tat, wie Friedberg auf seine Frage zu antworten ist, eine starke Strömung nach Beseitigung vorhandener Rechtseinrichtungen und wir beobachten dabei, daß die Sohmschen Gedanken in der Praxis viel wirksamer sind, als man in der Theorie anzunehmen scheint.

Die Fragen, auf die auch die Frage nach dem Maß der Anwendbarkeit der Rechtsform auf kirchliche Verhältnisse, im letzten Grunde zurückführt, sind eben die Fragen nach dem Wesen des Rechts und der Kirche. Damit ist aber auch wieder der Weg gewiesen, das Problem des Verhältnisses von Recht und Kirche gerade jetzt im Auge zu behalten. Denn die Frage nach dem Wesen des Rechts ist augenblicklich in der Wissenschaft — man könnte sagen — die Tagesfrage und indem diese Frage gleichzeitig beleuchtet wird durch die das Sohmsche Werk beherrschenden Gedankenreihen, gewinnt wiederum dessen Erscheinen eine weitere Bedeutung, die für die Geschichte der Rechtswissenschaft überhaupt interessiert. Seine These, die wie eine Fanfare wirkte, ist eine von den vielen Reaktionen, die gegen die sogenannte Herrschaft des Rechts in unserem sozialen Leben seitdem in immer verstärktem Maße hervorgetreten sind und die Wissenschaft vom Wesen des Rechts mit angeregt haben. Sie ist daher auch in diesem Zusammenhange zu würdigen. Dabei sind besonders die neueren Erörterungen über das Wesen des Rechts zu beachten, die für die Beurteilung des Wesens des Kirchenrechts in Betracht kommen.

Die Wissenschaft vom Recht ist seit dem Erscheinen von Sohms Werk (1892) in ein ganz neues Stadium getreten. Gerade im Jahre 1892 konnte Bergbohm noch die Bemerkung machen, daß eine wirklich philosophische Wissenschaft vom Recht fast ausgestorben sei und nur erst kleine gelegentliche Ansätze tieferer Betrachtungsweise bemerkbar würden. Das ist seitdem ganz anders geworden. Es sind wieder systematische Rechtsphilosophien von Juristen erschienen, und es ist die Frage nach

dem Wesen des Rechts zum Gegenstand ganz besonderer Betrachtung gemacht[1].

Dabei führte theoretische Vertiefung von selbst sowie die schon bemerkte Stimmung der Zeit dazu, besonders den Quellen des nichtgesetzten Rechts näher nachzugehen. Die Beobachtung und Klage der Nichtübereinstimmung des geschriebenen Rechts mit den materiellen gesellschaftlichen und individuellen Bedürfnissen und die Forderung der Anerkennung und Anwendung ungeschriebenen Rechts drängte besonders zu einer Revision der Grundbegriffe. Daraus resultieren die Systeme, welche die Rechtserscheinung soziologisch, psychologisch und psychophysisch begründen. Daraus erklärt es sich, daß jetzt auch plötzlich wieder das sog. Naturrecht im Vordergrund des Interesses steht. War doch schon im Altertum wie in seiner Blütezeit in Deutschland eben jene Reaktion gegen das geschriebene Recht der Anlaß zu seiner Ausbildung gewesen, und spielte doch auch hier die psychologische Begründung des Rechts die Hauptrolle. Deshalb sind die literarischen Erscheinungen über das Naturrecht[2] auch gerade für die Beurteilung des Kirchenrechts von ganz besonderer Bedeutung. Weniger unter dem Gesichtspunkt, unter dem die Lehre vom Naturrecht in der Wissenschaft des katholischen Kirchenrechts apologetisch verwandt wurde, vielmehr insofern, als die Untersuchung über die psychologische Begründung und das Verhältnis zum gesetzten Recht auf die Erkenntnis des Wesens des Rechts hinführt. Dabei ergibt sich eine interessante Parallele mit der Frage nach dem Verhältnis der Lehre von der natürlichen Religion zum Dogma, die auf die Frage nach dem Wesen der Religion zurückführt, und die Bedeutung dieser Parallele wird klar, wenn oder insoweit die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Kirche wieder auf die Frage nach dem Ver-

[1] vgl. die größeren Werke von Stammler, Berolzheimer, Kohler, Ehrlich, Kelsen, Seitz, Krabbe, I. Kornfeld u. a. sowie Monographien wie die von R. Loening, Amira u. a.

[2] vgl. außer den bekannten Arbeiten von Bergbohm, Savigny, Jung, Cathrein u. a. besonders auch noch die feine, in der juristischen Literatur bisher nicht beachtete Schrift von Hirzel, ἄγραφος νομος, 1900. Daß die bemerkten gerade gegenwärtig so viel erörterten Zusammenhänge schon im alten Griechenland in die Erscheinung traten, ist deshalb besonders beachtenswert, weil jene naturrechtlichen Anschauungen anscheinend auf die urchristlichen Auffassungen von dem Wesen der Kirche nicht ohne Einfluß waren. Vgl. darüber u. a. W. Köhler, Die Entstehung des Problems Staat und Kirche 1903.

hältnis von Kirche und Religion zurückführt. Denn wenn religiöses und rechtliches Empfinden auch nur in etwas wesensverwandt sind, dann wird man es nicht als schlechthin widerspruchsvoll ansehen, wenn religiöses Empfinden auch in irgendeiner Weise rechtlich zum Ausdruck kommt.

Die sogenannte Freirechtsbewegung und die unter der Flagge »Recht und Wirtschaft« auftretende große Bewegung, in denen die Reaktion gegen die Herrschaft des Rechts in besonderer Weise zum Ausdruck kam, förderte dann weiter im letzten Jahrzehnt eine nachgerade unübersehbar gewordene Literatur kleinerer und größerer Monographien zutage, die auch immer wieder auf die Grundfrage stoßen, was denn eigentlich das Wesentliche des Rechts ist.

Auch darf man die Anregungen nicht übersehen, die wieder von ganz anderer, nämlich naturwissenschaftlicher Seite gerade im letzten Jahrzehnt gekommen sind. Indem man in eingehenderer Weise, wie früher, der Frage nach den natürlichen Voraussetzungen aller menschlichen Funktionen nachging, kam man auch zu näherer Prüfung, ob und inwieweit sich das soziale Zusammenleben der Menschen nach den sonst gefundenen Naturgesetzen vollzieht. Dabei ist denn auch manches beachtenswerte Material für die Beantwortung der Frage beigebracht, ob die Rechtsbildung gewissen, für das übrige Naturgeschehen gefundenen Gesetzen folgt [1]. Und schließlich sind noch die neueren naturwissenschaftlichen Ergebnisse zu erwähnen, welche der psychologischen Forschung dienen. Ist man auf diesem Wege doch letztlich sogar dazu gekommen, beim einzelnen Menschen eine wechselweise Bedingtheit von Rechtsgefühl und Blutdruckverhältnissen anzunehmen [2].

Diese ganze in den letzten 20 Jahren entstandene Literatur muß man berücksichtigen, wenn man sich heute über den Stand der Wissenschaft

---

[1] Vgl. u. a. das auf das Preisausschreiben »Was lernen wir aus den Principien der Descendenztheorie in Beziehung auf die innerpolitische Entwicklung und Gesetzgebung der Staaten?« entstandene, von Haeckel, Conrad und Fraas begutachtete Werk »Natur und Staat«, Jena 1903 ff., in dem besonders die Arbeiten von Matzat, Philosophie der Anpassung, Hesse, Natur und Gesellschaft, und Eleutheropulos, Sociologie, das Rechtsproblem vom naturwissenschaftlichen Standpunkt behandeln. Hierher gehören auch die neueren biogeographischen Werke von Ratzel, Politische Geographie (1897, 1903) und Anthropogeographie (1891, 1899).

[2] Vgl. die von der Kantgesellschaft preisgekrönte Abhandlung »Das Rechtsgefühl« von S. Kornfeld i. d. Zeitschrift für Rechtsphilosophie, Bd. I, S. 135 (1913).

vom Recht unterrichten und damit die richtige Stellung zu dem Problem des Verhältnisses von Recht und Kirche gewinnen will. Denn so ganz überflüssig ist diese Arbeit doch wohl nicht gewesen. Gewiß hatte Bergbohm recht, wenn er (1892) sagte, »es seien Meinungen über die Natur des Rechts und das Wesen seiner begrifflichen Requisite bereits in so erschöpfender Reichhaltigkeit vorhanden, daß eine originelle Definition schwerlich mehr auftreten könne«. Es war damals schon ein leichtes gewesen, 40 verschiedene Definitionen bekannter Männer über den Rechtsbegriff zusammenzustellen[1], und bei keinem der jetzt in der neueren Literatur ausgesprochenen vielen und tiefen Gedanken wird man schließlich feststellen können, daß er nicht schon früher irgendwo vertreten gewesen ist. Gewiß sehen wir auch heute mehr noch ein »Fühlen und Tasten« nach dem Rechtsbegriff, als dessen restlos klare Erkenntnis vor uns. Aber doch sind wir durch die große in den letzten 20 Jahren geleistete Geistesarbeit auf dem Wege zur Erkenntnis des Wesens des Rechts ein Stück weiter gekommen. Zunächst ist die Fragestellung präziser geworden. In schärferer Kritik der bisher gebrauchten Bezeichnungen machen wir uns klar, was man unter Norm, Imperativ, Gesetz und Naturgesetz verstehen kann und will, ob und in welchem Sinne man z. B. mit dem Begriff der Norm schon etwas Imperatives verbinden oder damit nur eine aufgedeckte Gesetzmäßigkeit bezeichnen will, ob man auch von einer natürlichen Gesetzmäßigkeit von Rechtsbildungen, deren Erkenntnis lediglich durch Abstraktion gewonnen wird, sprechen kann oder jede Rechtsnorm auf eine anerkannte äußere Autorität zurückführen muß, u. dgl. Es leuchtet ein, daß eine Erklärung des Rechtsbegriffes gerade unter diesen Gesichtspunkten von maßgebender Bedeutung z. B. auch für die Entscheidung der Frage ist, ob und inwieweit Zwang zum Wesen des Rechts gehört. Diese Frage aber steht gerade für das Kirchenrecht im Mittelpunkt des Interesses. Sie ist freilich auch durch die neuesten Erörterungen noch am wenigsten geklärt, aber auch hier wird die schärfere Fragestellung vorwärts helfen.

Sodann aber ist es die Anfassung des Problems unter praktischen Gesichtspunkten, die die neueren Erörterungen über das Wesen des Rechts auszeichnet; haben doch praktische Fragen diese Erörterungen

---

[1] Vgl. Baumstark, Was ist Recht? 1874.

zum Teil erst veranlaßt. Die rechtspolitische Betrachtung steht im Vordergrund, die von der Frage ausgeht: wie ist das Recht praktisch begründet? und in die Frage ausmündet: was fange ich mit dem Recht praktisch an? Die Beantwortung der ersten Frage führt erst zum Verständnis des Wesens des Rechts, die zweite dient der Kontrolle der Richtigkeit dieses Verständnisses. Diese Betrachtung hat dazu geführt, wieder mehr auf die Bedeutung des Zweckmoments zu achten. Auch das ist bedeutsam gerade für die Würdigung des Kirchenrechts. Denn jene Fragestellung führt hier unmittelbar auf den Kern des Problems, insofern die Zwecke, denen das Kirchenrecht dienen will, mittelbar oder unmittelbar immer nur kirchliche sind. Geht man davon aus, daß das Zweckmoment zum Wesen des Rechts gehört, so muß man dazu kommen, daß das Wesen des Rechts mit dem Wesen der Kirche in Widerspruch steht, sobald sich ergibt, daß das Recht nicht kirchlichen Zwecken dienen kann. Ferner sind fruchtbare Gesichtspunkte durch die mehr in den Vordergrund gerückte praktische rechtspolitische Frage gegeben, welche Stellung diejenigen dem Recht gegenüber einzunehmen haben, die — in der Verwaltung oder Justiz — Streitigkeiten darüber zu entscheiden haben, was Recht ist, und welche Gesichtspunkte die, welchen die Sorge für die Fortentwicklung des Rechts obliegt, zu beobachten haben. Das aber sind nicht nur die sogenannten Gesetzgeber, sondern alle die im praktischem Leben, auch wiederum in der Verwaltung wie in der Justiz stehenden Personen, die es mit bestimmten Rechtsverhältnissen zu tun haben; sie müssen die gesetzgeberischen Erwägungen und Ziele kennen und im Auge behalten, um nicht durch Entscheidungen in Einzelfällen einer als wünschenswert erkannten Rechtsentwicklung unbewußt hinderlich zu werden. Gerade diese Fragen stehen aber auch wieder auf dem Gebiete der Kirchenverwaltung gegenwärtig im Vordergrund des praktischen Interesses.

Die vertiefte soziologische und naturwissenschaftliche Betrachtung hat uns aber vor allem in der Erkenntnis gefördert und, wie ich meine, dauernd befestigt, daß die Rechtsentwicklung ein völkerpsychologischer Prozeß, das Recht eine objektive Erscheinung im menschlichen Zusammenleben ist, die eben etwas von einer Naturerscheinung hat, und also eine Erscheinung, die unlöslich mit der menschlichen Persönlichkeit verbunden ist. Bei dieser Erkenntnis müssen wir uns dann freilich von vornherein darüber klar sein, daß wir das Wesen des Rechts mit

unserem Begriffsvermögen überhaupt nie restlos erfassen werden, weil wir das Wesen der menschlichen Persönlichkeit nicht restlos erfassen können. Wir werden, wie bei allen Grunderscheinungen des menschlichen Daseins immer nur zu approximativen Vorstellungen kommen, nur die Erkenntnis ist möglich, daß das Wirkliche in einer gewissen Richtung liegen muß. Solche Vorstellungen werden erfahrungsgemäß weniger durch logische Begriffsentwicklung als vielmehr durch unmittelbare Intuition gewonnen. Damit ist aber den vielseitigen und tiefgründigen begrifflichen Studien, welche die letzte Zeit gebracht hat, keineswegs der Wert abgesprochen, schon deshalb nicht, weil sie zum Teil sicherlich bewußt oder unbewußt durch intuitive Erkenntnisse angeregt sind und der Prüfung ihrer Richtigkeit dienen. Das in letzter Zeit so außerordentlich gesteigerte Interesse an dem Rechtsproblem und die vermehrte Beschäftigung mit demselben, hat jedenfalls auch bei immer mehr denkenden Menschen intuitive Eindrücke von dem Wesen des Rechts hervorgerufen, die aus der Beobachtung des praktischen Lebens gewonnen sind. Und wenn wir feststellen, daß dabei eine weitgehende Übereinstimmung in gewissen Schlußresultaten besteht, so hat diese Tatsache unter dem angegebenen Gesichtspunkt für sich schon ein selbständiges und größeres Interesse als ihre spekulative Begründung. Wir werden nach alledem aus der neuesten Bearbeitung des Rechtsproblems gewiß auch keine restlose Erkenntnis vom Wesen des Rechts gewinnen, wohl aber die Richtung erkennen können, in der wir nach dem Wesen des Rechts ausschauen müssen.

Von den Anschauungen nun, in denen mir eine immer größere Übereinstimmung hervorzutreten scheint, und die gerade für die Betrachtung des Kirchenrechts von besonderer Bedeutung sind, möchte ich folgende hervorheben. Zunächst scheint mir bei dem vielseitigen Suchen nach dem, was denn eigentlich Recht ist, die Vorstellung immer mehr vorzuwalten, daß das Recht selbst ein Etwas ist, das seinem Wesen nach gleichartig und gleich gültig ist, mag es von einer äußeren Autorität gesetzt oder auf irgend eine andere Weise entstanden sein. Diese mehr oder weniger klare Vorstellung liegt den verschiedensten Untersuchungen über das Wesen des Rechts zugrunde. Man identifiziert nicht mehr Recht mit Gesetz als vom Staat gegebener Norm, nimmt nicht mehr an, daß das Gesetz lückenlos, daß die Rechtsordnung restlos im Gesetz enthalten sei. Man sucht nach einem gemeinsamen Grundbegriff für

Gesetzes- und Gewohnheitsrecht. Deshalb geht das Bestreben dahin, Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht auf dieselbe Quelle zurückzuführen, indem man, je nach dem Ausgangspunkt, den man nimmt, als letzten Grund der Geltung des Gesetzes die allgemeine Anerkennung der Interessenten bzw. als letzten Grund der Geltung des Gewohnheitsrechts die staatliche Bestimmung ansieht. Die frühere Kontroverse, ob die juristische Person ihre Entstehung allein dem Staatswillen verdankt oder analog der physischen Person erwächst, wird immer mehr dahin beantwortet, daß beides möglich ist. Man verlangt nach einer Aufklärung der anscheinend paradoxen Tatsache, daß im Wege der Gewohnheit das gesetzte Recht und durch Gesetz das Gewohnheitsrecht verändert werden kann. Mit dem Recht selbst intentifiziert man überhaupt nicht mehr die Rechtsnorm, diese als Anordnung gemeint oder als immanentes durch Abstraktion gefundenes Gesetz. Die Anschauung ist weit verbreitet, daß die Rechtsbildung selbst ein tatsächlicher eigenartiger Lebensvorgang ist. Sie tritt insbesondere in den Theorien über die Natur des Völkerrechts und in der Lehre von der Entstehung und dem Untergang der Staaten hervor. Das kommt auch in der Stellungnahme zu der in der letzten Zeit vielverhandelten Kontroverse nach der Stellung des Richters zum Recht zum Ausdruck. Weit verbreitet ist die Anschauung, daß die Aufgabe des Richters nicht oder nicht nur darin besteht, daß er die Rechtsnorm anwendet oder dahin erkennt, ob ein Verhalten der Rechtsnorm entspricht, sondern darin, daß er selbst Recht schafft, daß er nicht oder nicht allein an das Gesetz gebunden ist, oder daß er gar über ihm steht. Allen diesen noch etwas gährenden Ansichten liegt die vorläufig wohl erst ganz intuitiv gewonnene Anschauung zugrunde, daß Recht ein besonderes Etwas, mit der Rechtsnorm nicht identisches ist.

Wenn man dann weiter zusieht, welche Begriffe denn wohl am allgemeinsten mit diesem gesuchten unbekannten Etwas »Recht« verbunden werden, so ist es zweifellos der Begriff des Rechtsgefühls. Rechtsgefühl betrachtet man als unlösbar mit dem Wesen des Rechts verbunden. Wohl kaum ist eine Anschauung über das Wesen des Rechts so populär als die, daß man das nicht als Recht anzuerkennen habe, was dem Rechtsgefühl unmittelbar widerspricht, und die Ansicht, daß das Rechtsgefühl die eigentliche Quelle jedes Rechts sei, ist auch gerade wieder neuerlich von juristisch zünftischer Seite mit

Entschiedenheit vertreten. Die Auffassung liegt wohl auch der, von den Vertretern der sonst verschiedensten Theorien geteilten Auffassung zugrunde, wonach die Anerkennung der Volksgenossen der eigentliche Grund allen geschriebenen und ungeschriebenen Rechts sei. Und sie kommt auch in der praktischen Forderung zum Ausdruck, daß für die Auslegung der Rechtsgeschäfte und Gesetze das maßgebend sein soll, was der verständige Mann, oder, wie man bezeichnender Weise gesagt hat, der gebildete sozial denkende Mann als richtig empfindet. Sie scheint schließlich der richtige Kern zu sein, aus dem die Lehre vom sogenannten Naturrecht erwachsen ist und immer vom neuem Blüten treibt. Es ist klar, von welcher Bedeutung die Anschauung, daß das Wesen des Rechts in seiner Übereinstimmung mit dem menschlichen Gefühl liegt, für die Beurteilung gerade des Kirchenrechts hat, denn in der Theologie wird die gleiche enge Beziehung von religiöser Betätigung und subjektivem religiösen Empfinden angenommen. Darüber, welche Rolle das Rechtsgefühl im Recht spielt, herrscht freilich noch wenig Übereinstimmung. In der Theorie hat man die Basierung des Rechts auf das Gefühl in Gegensatz zu den Zwecktheorien gestellt, während ein solcher Gegensatz im Leben nicht empfunden wird. Das zeigt sich darin — und ist deshalb besonders beachtenswert —, daß auch die Zwecktheorien offenbar immer mehr zur Herrschaft gelangen. Der Gedanke, daß der Zweckbegriff in irgendeiner Weise mit dem Rechtsbegriff unlöslich verbunden ist und also das Zweckmoment zum Wesen des Rechts gehört, ist von je vertreten und wird immer wieder vertreten, so oft man auch diese Gedankenverbindung als logisch nicht deduzierbar oder gar als einen methodologischen Fehler bezeichnet hat. In den verschiedensten Theorien tritt er immer wieder hervor, sei es, daß man das Recht als Mittel zum Zweck oder den Zweck als Schöpfer des Rechts bezeichnet oder daß man es gar mit dem geschützten Interesse selbst indentifiziert. Die ganze neue unter dem Namen »Wirtschaft und Recht« bekannte Bewegung ist von dieser Anschauung beherrscht. Um die Bedeutung dieser Bewegung richtig zu würdigen, ist dabei zu beachten, daß die in ihr liegende Reaktion nicht nur, wie ihr Flaggenzeichen zu bedeuten scheint, auf eine Klärung und Reform wirtschaftlicher Rechtsverhältnisse, sondern überhaupt darauf gerichtet ist, das Verständnis für das Wesen und damit für die Anwendung und

Weiterbildung des Rechts überhaupt zu fördern. Sie ist daher auch von Bedeutung für die Auffassung anderer Rechtsverhältnisse, so der kirchenrechtlichen.

Wenn wir uns dem Eindruck nicht entziehen können, daß in den eben kurz skizzierten Auffassungen überall ein richtiger Kern steckt, daß dabei etwas richtiges intuitiv empfunden ist, so müssen wir eine Vorstellung zu gewinnen suchen, in der jene Auffassungen zusammenlaufen. Wir werden damit dann der Erkenntnis des Wesens des Rechts immerhin näher kommen. Nun scheint es mir, daß die angegebenen Richtlinien auf folgende Vorstellung von dem Wesen des Rechts führen. Wir neigen offenbar immer mehr dazu, das Recht anzusehen als die feste Form, in der menschliches soziales Wollen in die Erscheinung tritt. Dabei nehme ich das Wort »Form« nicht als einen der aufgestellten philosophischen Denkbegriffe, sondern als sinnlich wahrnehmbare Erscheinung, so wie ich von der Form eines Baumes, eines Stockes, oder der äußerlich erkennbaren Umgrenzung des Wassers im Flußbett oder Kanal, der Flüssigkeit im Gefäß, spreche. Wie beim Baum, beim Stock das Holz, beim Fluß und Kanal das Wasser der Stoff ist, der in einer bestimmten Form äußerlich in die Erscheinung tritt, so ist es soziale menschliche Lebensbetätigung, die im Recht in eine bestimmte äußere in Wort und Handlung sinnlich wahrnehmbare Erscheinung tritt. Als soziale Lebensäußerung bezeichne ich dabei hier jede Lebensbetätigung eines Menschen, die auf Anknüpfung einer Beziehung zu einem anderen Menschen gerichtet ist. Die Beziehung dieser menschlichen Lebensbetätigung zum Recht ist so eng wie die von Stoff und Form, nicht nur wie die von Kern und Schale, von Gefäß und Inhalt, nicht auch wie die von Ursache und Wirkung. Ich will keineswegs behaupten, daß diese Gesamtanschauung von dem Wesen des Rechts die herrschende oder das zweifelsfreie Resultat der neuesten Rechtsforschung ist, sondern nur das, daß sich in dieser Vorstellung Anschauungen zusammenfinden, die man heute von dem Wesen des Rechts hat und daß darin gewisse Widersprüche, die sich in bisherigen Aussagen über das Recht fanden, verschwinden; und zwar sind das gerade solche Anschauungen und Widersprüche, zu denen bei der Beurteilung des sogenannten Kirchenrechts besonders Stellung genommen werden muß. Unter diesem Gesichtspunkt möchte ich diese — gewiß auch immer nur approximative — Vorstellung noch etwas näher analysieren.

Das Recht soll seinem Wesen nach dasselbe sein, ob es durch Gesetz gegeben oder auf andere Weise im Kreise derer, die es angeht, entstanden ist: Dieselbe Form kann auch gegeben oder mit dem Stoff von selbst erwachsen sein; eine Kristallform kann auf natürlichem Wege entstanden oder fabriziert sein, das Wasser kann im natürlichen wie im gegrabenen Bett in gleicher Weise fließen. Dem rechtlichen Verhalten der Menschen kann man es nicht ansehen, ob es durch Gesetz bestimmt ist oder nicht: In die gleiche Rechtsform der juristischen Person kann eine menschliche Genossenschaft allmählich hineingewachsen sein und sie kann ihr vom Staat gegeben sein. Durch Gesetz, sagt man, kann das Gewohnheitsrecht verändert werden: So kann die natürliche Form des Baumes verändert werden, indem er durch Beschneidung und Zucht in eine andere Form gebracht wird, kann der Stromlauf reguliert werden. Aber das Gesetz soll wiederum auch durch Gewohnheitsrecht geändert werden können und kein Gesetzgeber soll imstande sein, die Bildung neuen Gewohnheitsrechts grundsätzlich zu verhindern: So drängt auch der Baum in seinem natürlichen Wachstum immer wieder aus der gegebenen Form heraus, und zwar je mehr, je weniger die gegebene Form der natürlichen angepaßt ist, je kräftiger die dem Stoffe innewohnende Lebenskraft ist, strebt er seine natürliche Form wieder anzunehmen, und ganz beseitigt kann die natürliche Formbildung nie werden, naturam expellas furca, tamen usque reccurret, ein bestimmtes äußeres Verhalten der Menschen wird üblich und tritt an die Stelle des durch Gesetz bestimmten.

Offen bleibt allerdings die Frage, ob die letzte Quelle des Gesetzes und Gewohnheitsrechts dieselbe ist. Wie es nicht aufgeklärt ist, ob die dem Baum innewohnende Lebenskraft und die menschliche Lebensbetätigung, die sein Wachstum beeinflußt, gleicher Art sind und gleichen Gesetzen folgen, so bleibt es unaufgeklärt, wie sich die wirksam werdenden Individualwillen zum Staatswillen verhalten. Aber das wird klar, daß Recht selbst nicht identisch ist mit Rechtsnorm. Damit ist der selbständige Begriff der Rechtsnorm, in dem doppelten Sinne, in dem er gefaßt sein kann — als immanentes Gesetz oder gesetzliche Anordnung — nicht abgelehnt. Gewiß vollzieht sich die Formbildung in der Natur nach Normen, die wir aus dem Geschehen erkennen können und es kann angeordnet werden, daß eine Reihe von

Bäumen eine gewisse Form erhalten solle, wie die Anfertigung bestimmt geformter Gegenstände in der Fabrik angeordnet wird. Die gegebene Norm ist gewissermaßen das Gefäß, der Kanal, in die der Stoff hineingegossen wird oder hineinfließen kann, um dadurch Gestaltung zu gewinnen. Und wenn wir im Einzelfall von Recht sprechen, so haben wir manchmal damit auch wirklich nur die Rechtsnorm im Auge. Die Norm oder Anordnung ist aber nicht schon die Form selbst, diese ist etwas Tatsächliches, in die Erscheinung Getretenes: Das Recht erscheint als wirkliches äußeres Verhalten der Menschen. Und mit dieser Erkenntnis wird auch die Stellung des Richters im Verhältnis zum Gesetzgeber klar. Geht man von der angegebenen Vorstellung vom Recht aus, so ist es in der Tat seine Aufgabe, Recht zu schaffen. Denn er gibt im Einzelfall die Form, bestimmt wirkliches menschliches Verhalten. Diese Form gibt er nach Anweisung zunächst des geschriebenen Gesetzes, der gesetzlichen Norm, welche die Anordnung enthält, was Recht sein soll, welche Form vorhanden sein muß und also, wenn sie nicht von selbst innegehalten wird, gegeben werden muß. Er steht zum Gesetzgeber, wie der Gehülfe zum Gärtner, zum Zimmermeister. Der Gärtner bestimmt, welche Form die Obstbäume erhalten sollen, der Zimmermeister, in welcher Form Balken hergestellt werden sollen. Die Gehülfen geben diese Form. Und mangels eines geschriebenen Gesetzes entnimmt er die Form, die er zu geben hat, der ungeschriebenen Norm, die sich ihm als die Regel, die in der Rechtserscheinung zutage tretende Gesetzmäßigkeit, das aus der Wirklichkeit abstrahierte Gesetz ergibt. Das sind die sogenannten »natürlichen Rechtsgrundsätze«, auf die § 7 des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches verweist. Und wenn er keine Norm der einen oder der anderen Art findet, so kann er für frei gehalten werden, die Form zu geben, die er als Gesetzgeber für die richtige halten würde, wie nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, nach Art. 7 des Internationalen Prisenabkommens. Aber immer nur schafft er Recht, keine Rechtsnorm.

Mit der Vorstellung vom Recht als Form sozialen Wollens ist dann weiter die Vorstellung verbunden, daß das Gefühl untrennbar mit dem Rechtsbegriff verbunden ist. Denn jedes Wollen entspringt dem Gefühl als der treibenden Kraft und ist in seiner Richtung durch das Gefühl be-

stimmt. Menschliche Lebensbetätigung im Wollen aber ist der Stoff, der im äußeren Verhalten in die Erscheinung tritt. Und es ist mit jener Vorstellung auch zugleich die Erkenntnis gegeben, daß das Verhalten des einzelnen nicht seinem besonderen Gefühl entsprechen muß, um als Recht gelten zu können. Einem Stoff kann auch eine Form gegeben werden, die seiner Natur, der in ihm wirkenden Kraft widerstrebt: Der Zierbaum wird in eine bestimmte Form gebracht, der Fluß wird reguliert. So wird der einzelne Mensch zu einem bestimmten äußeren Verhalten veranlaßt, das seinem Gefühl nicht entspricht. Sein Wollen wird bestimmt durch die Gefühle anderer. Andererseits wird durch jene Vorstellung von dem Verhältnis des Rechts zu menschlicher Lebensbetätigung als dem von Form und Stoff aber auch klar, daß eine gegebene Rechtsform auf die Dauer allerdings nicht haltbar ist, wenn sie nicht dem Gefühl der Mehrzahl derer, deren Verhalten sie darstellt, entspricht, eben weil die dem Stoff innewohnende Kraft immer wieder aus der gegebenen Form herausdrängt. Erst wenn das Leben im Stoff abgestorben, der Ast abgeschnitten und zum Holzstock verarbeitet ist, bleibt die gegebene Form von selbst erhalten. Die Aufrechterhaltung einer der menschlichen Lebensbetätigung gegebenen Form, die nicht dem Gefühl der Mehrzahl derer, die sie angeht, entspricht, würde eine Machtentfaltung erfordern, die auf die Dauer einem Staate nicht möglich ist, dessen maßgebende Organe von anderem Rechtsgefühl als eben jene Mehrheit beseelt sind. Und vollbegründet ist endlich bei dieser Auffassung des Rechts die Lehre, daß der Richter beim Mangel einer erkennbaren Norm nach seinem Rechtsgefühl zu entscheiden hat.

In der angegebenen Vorstellung von dem Wesen des Rechts findet sich endlich auch die Anschauung wieder, daß im Rechtsbegriff notwendig in irgendeiner Weise das Zweckmoment enthalten sei. Faßt man das Recht als die Form auf, in der soziales Wollen in die Erscheinung tritt, so ergibt sich das von selbst. Zu jedem Wollen gehört eine Zweckvorstellung, in ihr tritt das materielle Interesse ins Bewußtsein. Wenn nun das Recht zum menschlichen Wollen in dem unlösbaren Verhältnis von Form und Stoff steht, so muß auch in ihm immer ein Zweckbewußtsein zum Ausdruck kommen. Wie in der Natur überhaupt in der Form ein Anpassungsverhältnis zum Ausdruck kommt, so stellt sich auch das Recht als solches dar. Dabei kommt für das

Recht, wenn es nur die Form für soziales Wollen ist, nicht jeder menschliche Zweck, sondern nur der Zweck der Herstellung bestimmter Beziehungen von Mensch zu Mensch in Betracht. Nach diesem Zweck muß man daher immer sehen, wenn man die für ein äußeres menschliches Verhalten bestimmte Norm richtig verstehen und für eine Lebensbetätigung die sich anpassende Form finden will. Diese gerade gegenwärtig im praktischen Leben so sehr betonte Forderung wird mit Recht an den Juristen gestellt und sie muß auch auf dem Gebiete des kirchlichen Wesens nicht weniger als auf dem wirtschaftlichen Gebiete in den Vordergrund geschoben werden.

Laufen so in der angenommenen Vorstellung gewisse herrschende Auffassungen zusammen, so wird man auch berechtigt sein, die aus ihr sich ergebenden Folgerungen für die Beantwortung der Frage, ob Zwang zum Wesen des Rechts gehört, anzunehmen: Sohm, wie fast alle die, welche in der Praxis heutzutage der rechtlichen Regelung bestimmter kirchlicher Verhältnisse widerstreben oder gar ganz aus der rechtlich geordneten Kirchengemeinschaft herausstreben, sind offenbar von der Anschauung beherrscht, daß Zwang zum Wesen des Rechts gehört, denn sie lehnen die rechtliche Normierung meist nur mit der Begründung ab, daß die Kirche keinen Zwang vertrage. Um dieser Auffassung gerecht zu werden, muß man meines Erachtens schärfer als bisher zusehen, was dabei unter Zwang verstanden wird. Wenn man nämlich den Klagen über Zwang im kirchlichen Wesen nachgeht, so sieht man, daß dieses Wort in sehr verschiedenem Sinn gebraucht wird, und zwar auch bisweilen in einer Bedeutung, die in den Erörterungen über den Zwang im Recht vielfach nicht genügend gewürdigt ist. Mancher spricht von Zwang schon bei jeder Gebundenheit. Gebundenheit gehört allerdings zum Wesen des Rechts. Wie der in fester Form erscheinende Stoff an eben diese Form gebunden ist, so ist es auch die im Recht erscheinende menschliche Lebensbetätigung. Diese Gebundenheit liegt darin, daß der Gegenstand sein Wesen verliert, wenn er seine Form verliert. Die Blume, die ihre Form verliert, ist keine Blume mehr, der Fluß, der sein Flußbett verläßt und ins Meer mündet, ist kein Fluß mehr. Gewisse spezifische Wirkungen äußert der Stoff nur, wenn er eine bestimmte feste Form hat, und eine Veränderung der Form verändert die Wirkung. Der beschnittene Obstbaum bringt mehr Früchte, das im Kanal abgeleitete und zum Gefälle gebrachte Wasser

äußert andere Wirkungen als das freiwogende Wasser im See. So erscheinen gewisse menschliche Lebensbetätigungen an eine Form in dem Sinn gebunden, daß sie ohne diese Form überhaupt nicht in die Erscheinung treten und Wirkungen äußern können, z. B. kann eine Lebensbetätigung mehrerer Menschen, die materiell das sein will, was eine Aktiengesellschaft darstellt, gar nicht in die Erscheinung treten, ohne daß eine gewisse Form gewahrt, ein bestimmtes in Worten und Handlungen erscheinendes äußeres Verhalten beobachtet wird, sie wird wirksam nur durch diese und in dieser Form, sie ist an diese Form gebunden. Wo solche Gebundenheit nicht vorliegt, liegt keine Rechtsform vor. Gebundenheit gehört also zum Wesen des Rechts. Damit ist aber selbstverständlich die Frage noch nicht entschieden, ob für alle oder für welche Lebensbetätigungen solche Gebundenheit notwendig ist, welche Lebensbetätigungen der Rechtsform bedürfen. Denn Gebundenheit besteht eben nur bei der festen Form. Ein Stoff kann auch ohne feste Form in die Erscheinung treten und Wirkungen äußern, und menschliche Lebensbetätigungen können auch ohne Rechtsform in die Erscheinung treten und wirksam werden. Darüber, welche an eine Form gebunden sind und welche nicht, lassen sich abstrakte Regeln nicht geben, das kann nur die Beobachtung des Lebens und die daraus geschöpfte Erfahrung lehren. Erfahrungsgemäß kann sich das soziale Wollen unter Umständen auch wirkungsvoll betätigen ohne feste Form und es gibt auch Übergangsverhältnisse, in denen es zweifelhaft sein kann, ob eine feste Form zur Aufrechterhaltung eines gewissen sozialen Zusammenseins geboten ist oder nicht. Das offenbart sich in der Sitte, die den Übergang von der Formlosigkeit zum Recht als der festen Form bildet. Nur das ist festzustellen, daß, wie alles Geschehen auf Erden, so auch menschliche Lebensbetätigungen ganz nicht der festen Form entbehren können und daß in dem Maße, wie die Erde und das Leben auf Erden überhaupt zu festen und dann immer vielgestalteteren Formen gekommen sind, mit der Entwicklung des Kulturlebens immer mehr feste Formen sich ausbilden. Und insofern kann man auch sagen, daß eine gewisse rechtliche Betätigung für den Menschen eine Naturnotwendigkeit ist.

Aber von dieser objektiven, der Erscheinung immanenten Gebundenheit, die allerdings zum Wesen des Rechts gehört, ist das verschieden, was man wohl gemeinhin unter Zwang versteht. In der Regel spricht

man von Zwang nur dann, wenn man an eine bestimmte von außen an den einzelnen Menschen herantretende Beeinflussung denkt. Diese Beeinflussung kann eine Beeinflussung nur des Willens zu äußerem Verhalten sein oder in unmittelbarem physischem Zwang bestehen. Und auch wenn man im ersten Sinne von Zwang sprechen hört, ergeben sich wieder Verschiedenheiten in dem Gebrauch des Worts. Manche sprechen von Zwang schon dann, wenn durch irgendwelche von außen kommende Vorstellungen, auch nur moralische oder religiöse, der Wille beeinflußt wird, andere erst dann, wenn der Wille durch die Vorstellung von Rechtsnachteilen beeinflußt wird. Es ist klar, daß moralischer und religiöser Zwang keine spezifische Beziehung zum Rechtsbegriff hat, es sei denn, daß man Moral und Recht oder Religion und Recht identifiziert. Beim Zwang durch Vorstellung von äußeren Nachteilen liegt es so, daß ein solcher Zwang beim Recht allerdings immer vorliegen kann, nämlich schon um deswillen, weil mit dem Recht stets die Vorstellung der Gebundenheit verknüpft ist und diese Vorstellung als von außen kommender Zwang dann wirken wird, wenn derjenige, der in einer Rechtsform handelt, an die objektive Gebundenheit der gewollten Lebensbetätigung an ein bestimmtes äußeres Verhalten nicht glaubt, diese Vorstellung ihm also nur von außen gegeben ist. Anderseits braucht diese Vorstellung niemals als Zwang in diesem Sinne, d. h. als Einwirkung von außen zu wirken. Sie wirkt dann nicht so, wenn die Überzeugung von der Gebundenheit bei dem rechtlich Handelnden von selbst gegeben ist. In diesem Fall kommt Recht zustande und wird erhalten, ohne daß der Wille in dem vorgedachten Sinne zwangsweise beeinflußt ist. Danach ergibt sich, daß nur die Möglichkeit eines solchen Zwangs beim Recht immer gegeben ist. Da dieser Zwang steht und fällt mit dem Zweifel an der Gebundenheit, so fällt die Frage, ob er zulässig ist, in ihrer praktischen Bedeutung mit der Frage zusammen, ob die Überzeugung Anderer, daß eine Lebensbetätigung nur in einem bestimmten Verhalten wirksam werden kann, für jeden der sich so betätigen will, maßgebend sein darf.

Wieder anders steht es dann endlich, wenn man unter Zwang nur unmittelbaren physischen Zwang versteht, und den meint man doch wohl in der Regel, wenn man von Rechtszwang spricht. Ob physischer Zwang zum Wesen des Rechts gehört, läßt sich nur dann erkennen, wenn man schärfer zusieht, worauf der physische Zwang gerichtet ist.

Nur dann würde der Zwang zum Wesen des Rechts gehören, wenn durch ihn immer das Recht und damit die am Recht in die Erscheinung getretene Lebenbestätigung unmittelbar betroffen wird, indem das Verhalten, an welches die Lebensbetätigung gebunden ist, zwangsweise herbeigeführt wird. Es ist schon oft hervorgehoben und wird in der entwickelten Vorstellung vom Recht vollends klar, daß das durchaus nicht der Fall ist. Zur Herbeiführung manchen Verhaltens, das sich nach obiger Vorstellung als Recht darstellt, wird bekanntlich niemals physischer Zwang angewendet und manches rechtmäßige Verhalten kann auch gar nicht durch physichen Zwang herbeigeführt oder aufrecht erhalten werden. Es kann also Rechtsformen geben, bei denen ein physischer Zwang in keiner Beziehung in Betracht kommt. Ob physischer Zwang zur Herstellung oder Aufrechterhaltung einer Rechtsform anzuwenden, ist vielmehr eine Frage, die für die verschiedenen Rechtsverhältnisse verschieden zu beantworten ist. Die Ausübung von physischem Zwang im Rechtswesen ist eine besondere Rechtsform des Verhaltens eines obrigkeitlichen Organs zu dem, der die Rechtsordnung nicht einhält. Die Einsperrung, die zwangsweise Vorführung, ist Recht d. i. die Form einer obrigkeitlichen Lebensbetätigung dem Einzelnen gegenüber. Und darüber, ob diese Lebensbetätigung der Stellungnahme einer übergeordneten Stelle zu ihren Untergeordneten die Form der Anwendung physischen Zwangs annehmen muß, um wirksam zu werden, lassen sich wie bei allen andern menschlichen Lebensbetätigungen keine generellen Regeln aufstellen; es ist das, wie gesagt, eine Frage lediglich der praktischen Erfahrung. Es ist zu beachten, daß nicht auf die Herbeiführung jeder Rechtsform gedrungen wird und daß ein solches Dringen nicht immer in der Form physischen Zwanges zu erscheinen braucht. Der physische Zwang gehört also nicht zum Wesen des Rechts.

Danach muß man, wenn man im praktischen Leben alle oder eine bestimmte Rechtsform ablehnen zu müssen glaubt, weil man darin einen unzulässigen Zwang sieht, sich zunächst darüber klar werden, was man unter Zwang versteht und je nachdem dann weiter die beiden Fragen, ob eine Lebensbetätigung rechtliche Normierung verträgt oder erfordert und ob Zwang zulässig ist, scharf von einander trennen.

Alle in Vorstehendem angegebenen Gesichtspunkte zur Beurteilung des Wesens des Rechts muß man jedenfalls beachten, wenn man sich ein Urteil darüber bilden will, ob das Wesen des Rechts mit dem Wesen

der Kirche im Widerspruch steht. Es genügt dazu nicht, von undurchdachten Vorstellungen vom Wesen des Rechts auszugehen, wie sie sich erfahrungsgemäß leicht dann bilden, wenn Rechtsformen Anstoß erregen. Man ist dann zu leicht geneigt, das für das Wesentliche zu halten, was sich zur Zeit am meisten bemerklich macht, und die Momente in ihrer Bedeutung zu übersehen, die gerade nicht zur Geltung kommen; es pflegen erfahrungsgemäß auch immer die Momente, in denen eine Erscheinung mit unserm natürlichen Empfinden im Einklang steht, uns gar nicht erst besonders ins Bewußtsein zu treten, so daß sie bei dem unmittelbaren zum Bewußtsein gelangenden, noch nicht kritisch durchdachten Eindruck, den wir von einer Erscheinung haben, leicht unbeachtet bleiben. So geht es gerade mit der Würdigung des Rechts im täglichen Leben vielfach und so erklärt es sich denn, daß man gerade den Zwang, der im Einzelfall anstößt, als das Wesentliche des Rechts und das Wirken nach dem Prinzip: fiat iustitia, pereat mundus »gerade als die Art der Rechtsordnung« ansieht[1]. Die vorstehenden Hinweise auf die in der neuesten Zeit hervorgetretenen Anschauungen zeigen wohl zur Genüge, daß man zu einer gerade entgegengesetzten Anschauung vom Wesen des Rechts kommen kann, nämlich der, daß das Recht nichts dem Weltleben Entgegengesetztes, sondern als feste Erscheinungsform menschlicher Lebensbetätigung eben mit diesem so unlöslich verbunden ist, daß es ohne dasselbe überhaupt nicht bestehen kann, daß das Leben selbst der Grund der Gestaltung, die treibende Kraft zur Rechtsbildung darstellt. Ein Wirken nach dem Prinzip des Gegensatzes zum Leben würde seinem innersten Wesen widersprechen; es ist g e r a d e d i e A r t d e r R e c h t s o r d n u n g, daß sie nach dem Prinzip der Erhaltung menschlicher Lebensbetätigung auf Erden wirkt. Das gilt ebenso von der gesetzten wie von der von selbst erwachsenen Rechtsordnung. Die Form ist die beste, die gesunder menschlicher Lebensbetätigung am meisten angepaßt ist; soll doch die Gesetzgebung vielfach nur dazu dienen, das vorhandene Recht zu kodifizieren. Und auch dann ist das Wesen des Rechts kein anderes, wenn eine Form gegeben wird, die

---

[1] So Sohm noch kürzlich in seiner Abhandlung »Wesen und Ursprung des Katholizismus«, 2. Aufl., 1912, S. 57. Bei ihm ist auch die Reaktion gegen den Zwang im Recht überall das ausschlaggebende Moment in der Beurteilung des Problems Recht und Kirche (vgl. Kahl, Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik, S. 78).

mit der von selbst im Einzelfall erwachsenen Form vielleicht nicht übereinstimmt, und deshalb zunächst als Zwang empfunden wird. Es liegt dann so, wie wenn man die Form des Baumes verändert, um sein Wachstum zu fördern und fruchtbringender zu machen, oder das Wasser im regulierten Flußbett, das Getränk im Gefäß in eine Form bringt, in der es ohne seinen Stoff zu verändern gebrauchsfähiger wird. Gewiß kann auch einmal eine recht unnütze und der Betätigung gesunden Lebens hinderliche Rechtsform gegeben werden, wie wenn man das Wachstum eines Baumes in eine ganz unnatürliche Richtung zwängt, aus der er doch immer wieder herausstrebt oder ein Kanalisationsrohr zu eng und statt oval eckig macht, aber damit ist dann eben die Bedeutung des Rechts als der Form verkannt. Solche Mißgriffe sind nicht durch das Wesen des Rechts bedingt, sondern sie widerstreben dem Wesen des Rechts. Das Recht herrscht nicht, sondern dient. Im Wesen des Rechts liegt die Tendenz der Anpassung an das Leben. Fühlt man sich durch die Rechtsform angestoßen, so soll man danach nicht das Recht grundsätzlich ablehnen, sondern Anpassung an das Leben fordern. Das bedingt freilich Kenntnis und Verständnis eben der Lebensbetätigungen, für die die Form bestimmt ist. Auf wirtschaftlichem Gebiet hat man das gerade in neuerer Zeit schon klar erkannt. Die Reaktion gegen die Herrschaft des Rechts hat hier nicht dazu geführt, das Recht und die Juristenarbeit abzulehnen, sondern vielmehr dazu, auf zweckmäßige Gestaltung des Rechts hinzuwirken. Zu diesem Zweck will man bei allen, die es angeht, das Verständnis für das Wesen des Rechts fördern, das angeborene Rechtsgefühl wecken und stärken und bei den Juristen die Kenntnis der Lebensverhältnisse, deren Regelung das Recht dient, erweitern. Das Ziel ist dabei nicht, die Geltung des Rechts einzuschränken, sondern gerade, immer mehr förderliche Rechtsformen auszuprägen. So erhält man, wenn man die von Sohm getragene Reaktion gegen die Herrschaft des Rechts in diesem, auch zeitgeschichtlich interessierenden Zusammenhang mit der auf wirtschaftlichem Gebiet hervorgetretenen Reaktion betrachtet, auch wieder wertvolle Anregungen dafür, unter welchen Gesichtspunkten man an die aus dieser Reaktion sich ergebenden praktischen Fragen heranzutreten hat. Mit diesem Hinweis ist der große Unterschied zwischen wirtschaftlichem und religiösem Leben keineswegs verkannt. Im Gegenteil, wenn in kirchlichen Angelegenheiten, wie auf wirtschaftlichem Gebiet, das Haupt-

gewicht darauf gelegt wird, in erster Linie die besondere Eigenart der Lebensbetätigung ins Auge zu fassen, der die Rechtsform dient, so wird man gerade auf die Beachtung des spezifisch Religiösen besonders hingewiesen, und zwar mehr noch, als wenn man sich nur im Rahmen theoretischer Spekulationen über einen bestimmten Kirchenbegriff hält.

Das wird klar, wenn man nun weiter nach dem Begriff der Kirche fragt, aus dem sich ja ihr Wesen ergeben muß. Dieser Begriff wird sehr verschieden gefaßt und zwar nicht bloß insofern verschieden, als in der Begriffsbestimmung verschiedene Ansichten über das, was man damit begreifen will, zum Ausdruck kommen, sondern auch insofern, als die Begriffsbestimmung selbst ein verschiedenes Absehen hat, die Sache, die man begreifen will, eine verschiedene ist. So oft schon darauf aufmerksam gemacht ist[1], so oft wird das, und zwar gerade in unserer Kontroverse, immer wieder übersehen und damit hängt es zusammen, daß weiterhin auch die Fragen: was ist die Kirche? und was soll sie sein? vermischt werden.

Am häufigsten ist schon darauf hingewiesen, daß man den spezifischen Begriff einer Kirche im Rechtsinne von anderen Begriffen — einer geistlichen oder unsichtbaren Kirche oder wie man ihn sonst fassen will — unterscheiden, also zwei Kirchenbegriffe nebeneinander anerkennen müsse[2]. Es ist klar, daß wir aus der Feststellung des Begriffs der Rechtskirche, in dem zweifellos eine vorhandene Erscheinung richtig begriffen ist, für die Beurteilung unseres Problems nichts gewinnen können. Legen wir diesen Begriff als Maßstab zugrunde, so ergibt sich allerdings der Satz, daß das Wesen des Rechts mit dem Wesen der Kirche nicht im Widerspruch steht, denn zum Wesen dieser Kirche gehört ja eben dann das Recht. Klarheit hierüber fehlt z. B. bei Schönborn[3], der ausführt, ihre Ordnung durch das Recht folge aus dem Wesen der Kirche und doch sei »das Recht in seinem innersten Grunde mit

[1] Vgl. z. B. Bierling, Die moderne Doktrin von dem unabänderlichen Recht der Kirchenlehre, in der Zeitschrift für Kirchenrecht, Bd. 11 (1873), S. 69; Hermann Schmidt, Die Kirche. Ihre biblische Idee und die Formen ihrer geschichtlichen Erscheinung (1884), S. 2, 8, 184.

[2] Vgl. z. B. Scheurl, Die geistliche und die rechtliche Kirche, in der Zeitschrift für Protestantismus und Kirche, Bd. 41, S. 343 ff., 345 und Sohm selbst in der Abhandlung: Das Verhältnis von Staat und Kirche aus dem Begriff von Staat und Kirche entwickelt, in der Zeitschrift für Kirchenrecht, Bd. 11, S. 162 ff., 164 u. a.

[3] a. a. O. S. 632, 637.

dem Wesen der Kirche unvereinbar«. Hier wird offenbar in beiden Sätzen ein verschiedener Kirchenbegriff zugrunde gelegt, sonst läge einfach eine nichtserklärende Paradoxie vor. Faßt man lediglich den Begriff der Rechtskirche ins Auge, so wird der praktische Kern des Problems mit der Fragestellung: steht das Wesen des Rechts mit dem Wesen der Kirche in Widerspruch? überhaupt nicht getroffen. Die Fragestellung müßte dann lauten: steht das Wesen der Kirche mit dem Wesen der Religion im Widerspruch? So stellte z. B. Troeltsch die Frage, als er, ziemlich gleichzeitig aber ganz unabhängig von Sohm, dieselben Gedankenreihen entwickelte [1]. Was Sohm von der Rechtsordnung und ihrem Eindringen in die Kirche bemerkt, sagt er von der Kirche aus; den Widerspruch des Wesens der Rechtsordnung mit dem Wesen der Kirche, den Sohm annimmt, stellt er als den Widerspruch des Wesens der Kirche mit dem Wesen der Religion dar; wie Sohm ausführt, daß »das Kirchenrecht sich mit eiserner Notwendigkeit erzeugt«, so bemerkt er, »daß die Kirchenbildung mit Notwendigkeit aus der religiösen Idee hervorgeht«, und Sohms These über den Widerspruch von Recht und Kirche findet sich bei ihm in den Worten formuliert: »Es muß dabei bleiben: das Verhältnis der Religion und Kirche ist ein durch und durch antinomisches«. Es ist beachtenswert, daß auch im täglichen Leben vielfach bewußt und unbewußt Rechtsordnung religiöser Betätigung mit dem Begriff der Kirche identifiziert wird und sich danach die in Sohms These erscheinende sachliche Reaktion gegen die bestehenden Rechtskirchen schlechthin richtet. Das hat dann wieder weitere praktische Wirkungen. Ist die Kirche einmal als Institution im ganzen verdächtig geworden, so wird man leicht geneigt sein, ihr auch solche Übelstände zur Last zu legen, die mit der Herrschaft des Rechts wenig oder gar nichts zu tun haben.

Sohm selbst legt bei seiner These nicht den Begriff der Rechtskirche, sondern den Begriff einer Kirche im Lehrsinne zugrunde. Ein solcher kann aber auch wieder in sehr verschiedenem Sinne gebraucht werden. Man kann mit der Begriffsbestimmung das Absehn haben, lediglich ein Idealbild festzustellen, um damit einen religiösen Maßstab für die Beurteilung einer Realität zu gewinnen, oder man kann den Zweck verfolgen, damit

[1] Troeltsch, Religion und Kirche, in den preußischen Jahrbüchern, Bd. 81 (1895), S. 215 ff.

eine gegebene Realität selbst erst zu begreifen. Im zweiten Falle macht es dann wieder einen Unterschied, ob man eine angenommene metaphysische Realität oder ein in der Außenwelt in die Erscheinung getretenes Etwas begreifen will. Das wird bei der Verwendung des Begriffs der Kirche nicht immer klar auseinander gehalten. Wenn Sohm z. B. von einem rein »religiösen Begriff« ausgeht, indem er bemerkt[1], daß »das Wort Ecclesia keine bestimmte empirische Größe, keinen sozialen Begriff, sondern lediglich ein dogmatisches Werturteil ausdrücke,« so ist damit anscheinend der Begriff lediglich in ersterem Sinne gefaßt, während weitere Ausführungen es doch wahrscheinlich machen, daß er damit zugleich auch ein geschichtlich gegebenes Etwas definieren will. Und beide Arten der Begriffsbestimmung sind auch bei Sell, der seinerzeit gleich auf die Bedeutung des von Sohm verwendeten Kirchenbegriffs als Werturteil besonders aufmerksam machte, nicht scharf auseinander gehalten[2]. Es leuchtet aber ein, daß die Frage nach dem Verhältnis des Rechts zur Kirche eine andere Bedeutung gewinnt, je nachdem, welchen dieser verschiedenen Lehrbegriffe von der Kirche man zugrunde legt. Soll der Begriff lediglich ein religiöses Werturteil ausdrücken, so ist die aufgeworfene Frage überhaupt mit der Frage identisch, ob das Wesen des Rechts mit dem Wesen der Religion in Widerspruch steht. Soll mit dem Begriff Kirche dagegen eine bestimmte Realität bezeichnet sein, dann kommen für ihre Beantwortung wiederum verschiedene Gesichtspunkte in Betracht, je nachdem mit dem Begriff eine rein metaphysische oder eine in sinnlich wahrnehmbare Erscheinung getretene Realität gemeint ist.

Versteht man unter Kirche eine rein metaphysisch gedachte Gemeinschaft, wie man sie sich wohl vorstellt, wenn man die Kirche als Gemeinschaft der Gläubigen schlechthin oder als congregatio praedestinatorum definiert oder sie schon für gegeben hält, »wo einer in seiner Bibel untertaucht und Zwiesprache hält mit der unsichtbaren Gemeinde der Heiligen[3],« so kann eine Rechtsordnung der Kirche gar nicht erst in

---

[1] Kirchenrecht, S. 19; vgl. auch Wesen und Ursprung des Katholizismus, 2. Aufl, S. IV und 28 f.

[2] Vgl. Sell, Forschungen der Gegenwart über den Begriff und die Entstehung der Kirche, in der Zeitschrift für Theologie und Kirche, Bd. 4 (1894), S. 347 ff., 348, 417.

[3] So z. B. Foerster, Der evangelische Sinn unserer Kirchenverfassung, Tübingen 1904, S. 8.

Frage kommen. Denn das Recht ist die feste Form, in der soziale menschliche Lebensbetätigung äußerlich in die Erscheinung tritt. Der Glaube, die Gesinnung, auf die es zum Bestande dieser Kirche allein ankommt, ist überhaupt nicht rechtlich faßbar; beides kann insbesondere niemals an ein äußeres Verhalten gebunden sein: diese Gebundenheit aber gehört zum Wesen des Rechts. Dieses Verhältnis könnte man auch wohl so ausdrücken, daß das Wesen des Rechts mit dem Wesen der Kirche (in diesem Sinne) in Widerspruch steht. Treffender ist die Ausführung von Ritschl: »Recht und Religion sind entgegengesetzte Motive und Maßstäbe menschlicher Gemeinschaft, die sich unmittelbar ausschließen,« aber doch »unter der Bedingung bestimmter Vermittelungen für dieselbe Sache zusammentreffen können«. Eine solche Vermittlung liegt erst, aber dann eben auch vor, wenn eine an die Außenwelt tretende soziale Lebensbetätigung zugleich eine metaphysische Beziehung darstellt. Nur in ersterer Eigenschaft ist sie der Rechtsform zugänglich.

Aber um eine Ordnung rein metaphysischer Beziehungen handelt es sich bei den praktisch im Vordergrund stehenden Fragen in der Regel überhaupt nicht, wiewohl die Klagen über Glaubens- oder Gewissenszwang darauf hinzudeuten scheinen. Es handelt sich vielmehr darum, ob bestimmte soziale äußere Lebensbetätigungen der Menschen an eine feste Form gebunden sind oder gebunden sein dürfen und man stellt die Frage, ob das Wesen des Rechts mit dem Wesen der Kirche in Widerspruch steht, weil man den Kirchenbegriff auch auf ebensolche äußeren Lebensbetätigungen bezieht. Der herrschende Kirchenbegriff geht doch wohl dahin, daß damit eine bestimmte äußerlich erkennbare Erscheinung, nämlich menschliche Lebensbetätigungen, die auf einen bestimmten religiösen Zweck gerichtet sind, begriffen werden sollen, aber auch nicht jede erkennbare religiöse menschliche Lebensbetätigung, wie etwa das vernehmbare Gebet des Einzelnen, sondern nur soziale Lebensbetätigungen d. h. solche, die auf eine Wirkung von Individuum zu Individuum abzielen. Das äußerliche Zusammenwirken der Menschen zu religiösem Zweck will man begreifen. Das sieht man als zum Wesen der Kirche gehörig an. Und man faßt gerade diese Lebensbetätigung unter dem besonderen religiösen Begriff der Kirche zusammen, weil sie notwendig mit dem Begriff der Religion gegeben erscheint. Es liegt die Anschauung zugrunde, daß alle Religion ihrem Wesen nach

zugleich individuell und sozial ist, daß sie ihrer Natur nach »notwendig auch gesellig sein muß« (Schleiermacher) »daß sie gar nicht anders vorstellbar ist als in Gemeinschaft Mehrerer, weil niemand sich seiner als religiöses Subjekt bewußt werden kann außer in der religiösen Gemeinschaft« (Ritschl). Die Vorstellung waltet ob, daß die in dem »Wort Gottes« enthaltene Wahrheit eben auch durch das menschliche Wort vermittelt werden muß, um vollständig in das Bewußtsein der Menschen zu treten, daß die Wirkung des Wortes Gottes nach göttlicher Vorsehung durch menschliches Verhalten bedingt ist. In der Sakramentslehre tritt diese Vorstellung von der Bedingtheit religiöser Wirkung von äußerem menschlichen Verhalten ja besonders hervor. Die Auffassung, daß mit dem Begriff der Kirche eben auch äußerlich in die Erscheinung tretende soziale Lebensbetätigung gemeint ist, findet man schon in den Worten Jesu wieder: »Wo zwei oder drei in meinem Namen versammelt sind, da bin ich mitten unter ihnen«, die man eben deshalb auf die Kirche bezogen hat. Sie sieht man als die reformatorische Lehre an, die in den Worten der Apologie Ausdruck gefunden haben: »At ecclesia non est tantum societas externarum rerum ac rituum, sicut aliae politiae, sed principaliter est societas fidei et spiritus Sancti in cordibus, quae tamen habet externas notas, ut agnosci possit, videlicet puram evangelii doctrinam et administrationem sacramentorum consentaneam evangelio Christi«. Daß »die Kirche ohne religiöses Gemeinleben nicht sein kann«, und »daß religiöses Gemeinleben nicht ohne Versammlungen bestehen kann« erkennt auch Sohm an, er scheint also schließlich doch auch anzunehmen, daß äußere menschliche Lebensbetätigung zum Wesen der Kirche gehört.

Es ist klar, daß mit der Zugrundelegung dieses Kirchenbegriffs wieder besondere Gesichtspunkte für die Beurteilung der Frage gegeben sind, ob das Recht mit dem Wesen der Kirche in Widerspruch steht. Es entfällt dann jedenfalls ein Argument, welches man für die Bejahung dieser Frage am häufigsten hört, nämlich daß das Wesen der Kirche rein geistlich, das Wesen des Rechts aber weltlich sei. Denn in dem angegebenen Begriff ist die Kirche auch als weltliche Erscheinung gefaßt, in ihr ist geistliches und weltliches Wesen verbunden, wie es in der menschlichen Persönlichkeit überhaupt verbunden ist. In diesem Sinne kann man davon sprechen, daß sie zugleich sichtbar und unsichtbar sei. Die gegenseitige Bedingtheit von körperlichem und geistigem

Wesen in einer Erscheinung bildet aber das Wesen des Menschentums überhaupt. Dieses eigenartige Verhältnis ist zwar unerklärbar und birgt in gewissem Sinne Gegensätzliches in sich, es ist aber in seiner tatsächlichen Möglichkeit im Ganzen einfach hinzunehmen. Ist aber die Kirche ihrem Wesen nach eine zugleich weltliche Erscheinung, so steht das Recht, auch wenn man es als eine rein weltliche Erscheinung ansieht, mit ihrem Wesen insofern eben nicht grundsätzlich im Widerspruch, man müßte denn den Menschen selbst als einen Widerspruch in sich ansehen.

Sodann aber gibt die religiöse Begründung dieses Kirchenbegriffs der Frage nach dem Verhältnis von Recht und Kirche noch die weitere Bedeutung, daß damit zugleich das Verhältnis von Recht und Religion berührt wird. Denn diese Begründung besagt, daß äußerliches Zusammenwirken der Menschen zum Wesen der Religion gehört. Kommt man also dazu — was einstweilen immer noch dahingestellt bleiben mag —, rechtliche Regelung dieses Zusammenwirkens für eine wesentliche Bedingung seiner Möglichkeit anzusehen, so wäre damit die grundsätzliche Verträglichkeit des Rechts auch mit der Religion angenommen. So ist es begreiflich, daß diejenigen, denen das Recht als unverträglich mit religiöser Lebensbetätigung erscheint, leicht — bewußt oder unbewußt — zu der Anschauung gedrängt werden, daß menschliche soziale Betätigung nicht eigentlich im Wesen der Religion begründet sei, und wird es erklärlich, daß wiederum die, welche zu dieser letzteren Anschauung zunächst im Wege rein religiöser Spekulation gekommen sind, am meisten geneigt sein werden, das Recht im kirchlichen Leben abzulehnen. Als kürzlich ein Konsistorium den Gründen nachging, welche in der Praxis zur Nichtachtung des Wertes der geordneten kirchlichen Gemeinschaft führten, fand es, daß — abgesehen von den Gegnern der christlichen Religion überhaupt — in erster Linie auf dem Plan standen »die Vertreter einer privaten Frömmigkeit, welche überhaupt die religiöse Gemeinschaft geringschätzt und besonders von einer amtlich geordneten Gemeinschaft eher Schaden als Gewinn erwartet«. Es hielt daher diesen »Freunden individueller Religion« vor allem den Satz vor »Alle Religion ist ihrem Wesen nach ‚gesellig', im höchsten Maße die christliche«[1]. So ergibt sich ein Zusammenhang der Frage nach der Anerkennung des

---

[1] Synodalbescheid des Konsistoriums der Provinz Sachsen vom 19. Dezember 1913; Allg. Kirchenbl. f. d. evang. Deutschland 1914, S. 178.

Kirchenrechts mit der tiefsten Frage nach dem Wesen der Religion, die gerade gegenwärtig wieder auf der Tagesordnung steht. Wenn man weiß, wie außerordentlich verbreitet heute gerade in der gebildeten Welt die Auffassung ist, daß die Religion ihrem Wesen nach rein individuell sei, wird man die rechtspolitische Bedeutung dieses Zusammenhangs zu würdigen wissen und auch unter diesem Gesichtspunkt der ganzen erörterten Bewegung besondere Beachtung schenken.

Unbedingt abhängig ist die Beantwortung der Frage nach der Anerkennung des Kirchenrechts von der Stellungnahme zu jener religiösen Frage allerdings noch nicht. Mit der Annahme des zuletzt fixierten Kirchenbegriffs ist zunächst nur gesagt, daß äußere soziale religiöse Lebensbetätigung zum Wesen der Kirche gehört und daß daher in dem weltlichen Wesen des Rechts kein Widerspruch mit dem Wesen der Kirche oder Religion zu sehen ist. Damit ist aber, wie schon bemerkt, noch nicht die Frage beantwortet, ob und inwieweit nun eben die auf Äußerung der Religion abzielende Lebensbetätigung ihrem Wesen nach der Rechtsform zugänglich ist oder ihrer gar bedarf. Denn nicht jede soziale menschliche Betätigung ist an eine feste Form gebunden. Die oben auseinandergesetzte Vorstellung von dem Wesen des Rechts gibt für die Beurteilung dieser Frage die Richtlinien. Zum Wesen des Rechts gehört ein Zweckmoment, und zwar in dem Sinne, daß die Rechtsform nicht als Selbstzweck, sondern als Mittel zum Zweck erscheint. Man kann daher nicht sagen, daß sein Zweck ein anderer ist, als der einer religiösen Lebensbetätigung innewohnende Zweck, und wie die feste Form danach strebt, die im Stoff enthaltene spezifische Lebenskraft zur Äußerung zu bringen, so gehört es zum Wesen des Rechts, sich gerade der spezifischen Strebung anzupassen, die in der Lebensbetätigung im Einzelfall liegt. Diese Anpassung vollzieht sich durch das Rechtsgefühl, der inneren Überzeugung von der tatsächlichen Gebundenheit einer Lebensbetätigung an eine gewisse Form, diese Überzeugung bestimmt bewußt oder unbewußt jedes Wachsen und Schaffen des Rechts, und deshalb ist das Recht auch auf die Dauer nur haltbar bei Anerkennung derer, die es angeht. Einen grundsätzlichen Widerspruch der Rechtsform zur äußeren religiösen Lebensbetätigung würde man danach nur dann annehmen können, wenn Rechtsgefühl und religiöses Gefühl unausgeglichen und unausgleichbar nebeneinander stünden und beide Gefühle dem Menschen verschiedenes Verhalten vorschrieben. Das ist, wenn man die Ein-

heitlichkeit menschlichen Denkens und Empfindens annimmt, nicht der Fall. Das Rechtsgefühl ist ebenso wie das ästhetische, moralische und religiöse Gefühl ein Bestandteil des Gesamtempfindens des einzelnen Menschen; haben sich doch vielleicht diese Sondergefühle überhaupt erst im Laufe der Kulturentwicklung aus einem bewußt noch nicht differenzierten Gesamtempfinden entwickelt. Es ist wohl sogar »die herrschende Auffassung, daß Religion, Sittlichkeit und Rechtssinn ursprünglich ein ungetrenntes Ganzes von Kulturelementen gebildet haben, woraus im Laufe der Entwicklung durch Differenzierung Religion, Sittlichkeit und Recht als selbständige Zweige menschlicher Kulturbetätigung ausgeschieden sind«[1], und nehmen doch manche an, daß die Idee des Rechts überhaupt erst aus der Religion entstanden ist[2]. Das Rechtsgefühl ist eine menschliche Anlage, deren Gleichordnung mit jenen anderen Gefühlen deshalb nicht bezweifelt werden kann, weil sie beim einzelnen Menschen in der Stärke unendlich verschieden von jenen entwickelt, depraviert sein und ganz fehlen kann; denn das gilt ebenso vom ästhetischen, moralischen und religiösen Gefühl. Unter sich können aber beim geistig gesunden Menschen unmittelbares Rechtsgefühl, ästhetisches, sittliches und religiöses Gefühl gar nicht in Widerspruch treten.

Das Verhältnis des Rechts zur Religion ist danach seinem innersten Wesen nach nicht anders als wie zur Moral. Beide Erscheinungen können in innige Wechselbeziehung treten, die jeden inneren Widerspruch ausschließt. Die völlige Verträglichkeit von Recht und Moral, bezogen gerade auf dieselbe Lebensbetätigung, nimmt aber auch Sohm an, indem er — wennschon auf Grund anderer Begriffsentwicklung — hierfür die schönen Worte findet[3]: »Das Rechtsgesetz will die Kongruenz des menschlichen Willens mit dem menschlichen, um die äußeren Hindernisse zu beseitigen, welche der sittlichen Entwicklung, der Kongruenz des menschlichen Willens mit dem göttlichen, entgegenstehen. Das Recht will die freie Unterordnung unter das Sittengesetz

[1] Vgl. u. a. Berolzheimer, System des Rechts und Wirtschaftsphilosophie, Bd. III, S. 146 ff.

[2] Das hat in der Kontroverse kürzlich Harnack a. a. O. S. 144 besonders hervorgehoben.

[3] In der oben S. 297 Anm. 2 zitierten Abhandlung in der Zeitschrift f. Kirchenrecht, Bd. 11, S. 159.

ermöglichen. Es will die äußere Freiheit um der inneren Freiheit willen. Für das Verhältnis des Rechtsgesetzes zum Sittengesetz, für diese sittliche Notwendigkeit des Rechtsgesetzes ist die Tatsache, daß wir die Rechtspflicht zugleich als sittliche Pflicht empfinden, wie der klarste Ausdruck so der unwiderlegliche Beweis.«

Ein allgemeines Prinzip, wonach kirchliche oder, wenn man die Frage gesondert stellen will, religiöse Lebensbetätigungen nicht in rechtlicher Form erscheinen können oder gegebener Rechtsform zugänglich sind, läßt sich danach nicht wohl aufstellen. Und so sind wir schließlich auch bei rechter Würdigung des Wesens der Kirche darauf hingewiesen, stets die einzelne in Betracht kommende Lebensbetätigung anzusehen. Es liegt auf kirchlichem Gebiet eben nicht anders wie auf anderen Lebensgebieten. Hier wie dort ist die Forderung aufzustellen, daß wir die einzelne Lebensbetätiguug, bei der wir nach einer Rechtsform suchen, zunächst auf ihren Zweck prüfen und dann die Frage, ob und in welcher Rechtsform sie erscheinen kann und soll, auf Grund unserer Kenntnis des praktischen Lebens prüfen und entscheiden. Nur bei Kenntnis der praktischen Zwecke im Einzelfall kann ein auch den religiösen Interessen entsprechendes Resultat gewonnen werden. Diese nüchterne Erwägung vermißt man gerade in den Erörterungen über die gegenwärtig aufgeworfenen kirchlichen Rechtsfragen noch gar zu oft, und deshalb möchte ich zum Schluß noch auf einige bei solcher Prüfung sich hier ergebende Gesichtspunkte aufmerksam machen.

Die wichtigste kirchliche Lebensbetätigung, die in Frage kommt, ist die Wortverkündung d. i. die Bezeugung einer mehr oder weniger bestimmten als göttlich angenommenen Wahrheit von Mensch zu Mensch. Der Zweck dieser Lebensbetätigung ist der, daß die Erkenntnis dieser Wahrheit verbreitet und erhalten wird. Wie diese Wirkung ins Leben treten kann, kann nur die Beobachtung des praktischen Lebens lehren. So viel ist ohne weiteres klar: Menschen müssen zusammenkommen, und zwar öfters zusammenkommen; und dasselbe muß unter ihnen bezeugt werden und dauernd dasselbe von Generation zu Generation. Fragt sich nun weiter: Ist ein solches Zusammenkommen zu einem Zweck gesichert, wenn nicht ein bestimmter Ort dafür zur Verfügung steht und eine bestimmte Ordnung in der Versammlung gewahrt wird? Ist die Bezeugung einer Wahrheit gesichert, wenn keine Verständigung darüber besteht, welche Wahrheit ausgebreitet werden soll? Ist die

Erhaltung der gewünschten Erkenntnis auf die Dauer gesichert, wenn nicht bestimmte Menschen vorhanden sind, die heute wie morgen dasselbe bezeugen und also die Wortverkündung zu ihrem Beruf machen? Kann dieser Beruf erfüllt werden, wenn die körperliche Existenz der Berufenen nicht gesichert ist? Wenn man alle diese Fragen nach der Erfahrung des praktischen Lebens glaubt verneinen zu müssen, muß man zu der Überzeugung kommen, daß die Lebensbetätigung der kirchlichen Wortverkündung auf die Dauer eben nur nach Maßgabe eines bestimmten — wenn auch noch so frei und allgemein gehaltenen —, vielleicht sogar nur auf die Methode religiöser Erkenntnis gerichteten Bekenntnisses im geordneten Gottesdienst und im geistlichen Amt wirksam werden kann, d. h. nichts anderes, als daß ebendiese Lebensbetätigung an die Rechtsform gebunden ist, und zwar gleichgültig, ob diese feste Form der Betätigung von irgendeiner autoritativen Seite förmlich anerkannt oder besonders vorgeschrieben ist. Alles kommt mithin im vorliegenden Fall darauf an, wie die Frage nach dieser objektiven Gebundenheit nach praktischer Lebenserfahrung beantwortet wird. Diese Lebenserfahrung wird gewonnen in erster Linie durch die Beobachtung des uns umgebenden täglichen Lebens, ebenso aber auch durch die Beobachtung der zu anderen Zeiten und an anderen Orten erkennbaren Lebensgestaltungen, d. h. nichts anderes als durch rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Wissenschaft, die man so häufig mit praktischer Lebenserfahrung in Gegensatz stellt. Die historische Forschung und Betrachtung, d. h. die Beobachtung früherer Lebensvorgänge in ihrer Entwicklung, ist dabei gerade für die hier interessierende Frage, inwieweit kirchliche Lebensbetätigungen an feste Formen gebunden sind, unerläßlich. Denn es handelt sich dabei vornehmlich um solche Lebensbetätigungen, die ihrer Eigenart, dem ihnen innewohnenden Zweck nach als dauernde gedacht sind. Es genügt danach, um die Frage nach der Gebundenheit der Wortverkündung zu beantworten, eine Prüfung, ob Wortverkündung von Mensch zu Mensch überhaupt ohne feste Form möglich ist, allein nicht, es muß auch geprüft werden, w i e l a n g e sie ohne feste Form möglich ist. Letzteres wird gewöhnlich übersehen, wenn man die Notwendigkeit einer Gottesdienstordnung und der Verständigung über ein Bekenntnis unter Hinweis auf die freie Art leugnet, wie in engeren religiösen Gemeinschaften im Einzelfall zweifellos mit Segen Wortverkündung stattfinden kann. Es ist mit einer solchen Fest-

stellung noch nicht gesagt, daß dauernde Wirkungen über den Kreis der jeweils sich Verbindenden erzielt werden. Mancher Stoff kann sich zwar im Einzelfall lebenswirksam äußern auch ohne feste Form, kommt aber zu voller und dauernder Wirksamkeit erst dann, wenn er eine feste Form angenommen hat. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, erscheinen die historischen Forschungen Sohms in besonderer Beleuchtung. Bisher drehte sich die Kontroverse im wesentlichen darum, ob in der ersten christlichen Zeit kirchliches Leben ohne Rechtsform wirksam in die Erscheinung getreten ist, ob die sich zum Gottesdienst versammelnden, das Wort Gottes unter sich bezeugenden Christen nur »charismatisch-pneumatisch« zusammengehalten waren, ob unter ihnen »pneumatische Anarchie« galt, oder ob sich schon in den ersten erkennbaren gemeinschaftlichen Lebensbetätigungen der Christen eine gewisse Rechtsordnung erkennen läßt. Mir scheint, daß Sohm darin recht hat, daß es tatsächlich solche rein charismatisch geleiteten Vereinigungen gegeben hat[1], wie übrigens auch darin, daß Luther an die Möglichkeit solcher Vereinigungen gedacht hat. Aber darauf kommt es nicht allein an. Die entscheidende historische Frage ist die, w i e l a n g e ein solcher Zustand angedauert hat; dabei kommt es sehr darauf an, ob sich zeigt, daß ein solcher Zustand nur ganz vorübergehend oder ein bis zwei Jahrhunderte bestehen konnte. Zum Nachweis, daß ein Jahrhundert lang solche kirchliche Lebensbetätigung ohne Rechtsform wirksam werden kann, genügt es dann allerdings auch wiederum nicht, festzustellen, daß erst in späterer Zeit rechtliche Form g e b u n g erscheint, und daß es auch im zweiten Jahrhundert rein charismatisch geleitete Gemeinden gab. Denn die Rechtsform ist nicht nur gegeben, sondern kann dasein, noch ehe sie von irgendeiner Seite »erkannt« ist; und es können auch immer wieder von neuem rein charismatisch geleitete Gemeinden entstanden sein, wie solche auch heute noch immer von neuem entstehen. Es muß vielmehr im einzelnen verfolgt werden, wie lange eine b e s t i m m t e Gemeinde oder weitere Vereinigung tatsächlich ohne Rechtsform ausgekommen ist. Nach dieser Richtung hin müßten wir mehr Aufklärung haben. Das würde uns praktische Lebenserfahrung geben. Ob diese genauere historische Kenntnis für die älteste Zeit aus zuverlässigen Quellen zu gewinnen ist, steht wohl freilich dahin.

---

[1] Vgl. auch neuerlich Scheel, Zum altchristlichen Kirchen- und Verfassungsproblem, in den Theol. Studien u. Kritiken, Jahrg. 85 (1912), S. 403 ff., 447.

Lehrt praktische Lebenserfahrung, daß die menschliche Lebensbetätigung bestimmter kirchlicher Wortverkündigung auf die Dauer nicht möglich ist ohne Rechtsordnung, so wird man diese nicht ablehnen dürfen, wenn man nicht eben auf jene Lebensbetätigung verzichten will, was manchen Freunden rein individueller Religion ja allerdings als das geringere, vielleicht überhaupt nicht als ein Übel erscheinen mag. Man mag sich entscheiden, wie man will, klar über die Konsequenz muß man sich sein.

Die Würdigung des im Wesen des Rechts liegenden Zweckmoments gibt auch erst die maßgebenden Gesichtspunkte für eine richtige Beurteilung der rechtlichen Organisation der größeren Verbände, wie insbesondere unserer Landeskirchen, gegen die sich ja gegenwärtig gerade eine starke Agitation richtet. Es handelt sich dabei besonders um die Frage, ob dem Bekenntnis rechtliche Bedeutung zukommt. Auch hier ist in erster Linie zu fragen: Welche Lebensbetätigung wird durch die Rechtsform betroffen? Und ist diese Lebensbetätigung ihrer Natur nach an diese Rechtsform tatsächlich gebunden? Daß diese Fragen praktische Fragen sind, die nur aus der Kenntnis der wirklichen Lebensverhältnisse heraus beantwortet werden können, wird in den Erörterungen über dieses Thema oft übersehen. Sie müßten viel schärfer ins Auge gefaßt werden. Näheres Zusehen in dieser Richtung ergibt, daß es sich bei dem Zusammenwirken der Menschen in größerer kirchlicher Gemeinschaft im Grunde um dieselbe Lebensbetätigung handelt wie in dem Zusammenwirken im kleinsten örtlichen Kreise. Auf die Wortverkündung, die Bezeugung einer gewissen religiösen Wahrheit zielt auch das Zusammenwirken in größerer Gemeinschaft ab. Das Bedürfnis der Aufrechterhaltung der reinen Lehre hat zu allen Zeiten den ersten Anstoß zum Zusammenschluß gleichdenkender kleinerer Gruppen, die in örtlicher Kultusgemeinschaft standen, gegeben[1], und der Zweck der Sicherung des Predigtamts war es daher, der die Aufgaben der weiteren Verbände bestimmte. Daher denn die Aufsicht über die Geistlichen und die reichlichere Beschaffung der Subsistenzmittel als besondere Aufgabe der größeren Gemeinschaften angesehen wird. Faßt man so den praktischen Zweck dieses Zusammenwirkens ins Auge, so wird

---

[1] Vgl. meine Grundzüge der Verwaltungsorganisation der altpreußischen Landeskirche (1902), S. 67 f.

man von selbst zu der Frage geführt, ob nicht eine gewisse Verständigung über die zu bekennende Wahrheit als notwendige Voraussetzung ebendieses Zusammenwirkens anzusehen ist, und ob also ohne ein solches gemeinsames Bekenntnis dieses Zusammenwirken in seiner Besonderheit überhaupt in die Erscheinung treten und die beabsichtigte Wirkung äußern kann. Es ist das eine Frage lediglich der praktischen, aus der Beobachtung geschichtlicher Vorgänge und der Gegenwart gewonnenen Erfahrung. Die meisten sind heute wohl geneigt, sie für einen größeren Kirchenverband ebenso wie für die Einzelgemeinde zu bejahen. Was andere davon abhält, dieses Resultat anzunehmen, ist wohl lediglich die Tatsache, daß je größer der durch das gemeinsame Bekenntnis zusammenzuhaltende Verband ist, desto größer das Spannungsverhältnis in dem, was die Majorität, und dem, was die einzelnen denken, werden kann; denn ein solches Spannungsverhältnis ist auch in der kleinsten örtlichen Gemeinde vorhanden; es ist hier nur geringer und kann durch Verständigung leichter überwunden werden. Aus mangelnder Einsicht in diesen inneren Zusammenhang erklärt es sich, daß manche zwar die Bindung an ein der Landeskirche gemeinsames Bekenntnis ablehnen, gleichzeitig aber verlangen, daß der Gemeinde die Verkündung der von ihr geglaubten Wahrheit nicht vorenthalten werde. Nimmt man die Gebundenheit eines größeren Kirchenverbandes an ein Bekenntnis an, so muß man sich, wenn man ein bestimmtes Bekenntnis ablehnt, auch wieder darüber klar sein, daß man damit das Zusammenwirken in diesem größeren Verbande überhaupt ablehnt und damit auch auf die Vorteile verzichtet, die ein solcher Zusammenschluß gerade für die Wortverkündung in der Einzelgemeinde hat. Es kommt dabei, wie schon bemerkt, außer dem unmittelbaren Vorteil der Sicherung und Stärkung des Bekenntnisses durch eine größere Bekenntnisgemeinschaft weiter der mittelbare Vorteil der Erhaltung der geistlichen Ämter überhaupt in Betracht. Praktische Erfahrung lehrt, daß die Ausbildung der Geistlichen, die ihnen das Charisma d. i. das Sachverständnis geben soll, ohne welches keine Gemeinde auch nur vorübergehend zusammengehalten werden kann, sowie die Beschaffung der Mittel zu ihrem Unterhalt (Wohnung, Gehalt, Pension), wie ihn die Gegenwart erfordert, überhaupt nicht oder nicht so gut wie im größeren Verbande von den einzelnen Gemeinden geleistet werden kann. Wir beobachten, wie der Wunsch, gerade ihre idealen Interessen zu fördern, vielfach kleinere

Verbände zum Anschluß an unsere größeren Landeskirchen veranlaßt, so die kleinen Auslandsgemeinden und die Vereine für innere Mission, die sich ihre Berufsarbeiter aus der Landeskirche erbitten und sich zum Zweck der Unterhaltung derselben mit der Landeskirche verbinden. Es zeigt sich hier gerade gegenwärtig eine aus dem praktischen Bedürfnis heraus geborene zentripetale Strömung, die angesichts der erwähnten zentrifugalen Strebungen besonders beachtenswert ist.

Um der Konsequenz des Verzichts auf diese letztgedachten Vorteile, die praktisch denkende Männer nicht so leicht ziehen werden, zu entgehen, hat man häufig den Vorschlag gemacht, das Zusammenwirken in den sogenannten inneren und äußeren kirchlichen Angelegenheiten grundsätzlich zu trennen und Gemeinschaften, die der Rechtsform bedürfen, nur zum Zweck des Zusammenwirkens in äußeren kirchlichen Angelegenheiten zu bilden, denen dann, wie man meint, jede Beziehung auf das Bekenntnis fehlen könnte. Man verzichtet damit bewußt auf den Vorteil der unmittelbaren Sicherung und Stärkung des Bekenntnisses durch Begründung einer weiteren Bekenntnisgemeinschaft. Dieser Gedanke hängt aufs engste mit den hier entwickelten Gedankenreihen zusammen. In ihm will man, wie es scheint, geradezu eine Lösung auch des Problems des Verhältnisses von Recht und Kirche sehen. Einen dahingehenden Versuch stellt z. B. der eingangs erwähnte kürzlich gemachte gesetzgeberische Vorschlag von Erich Foerster dar, über den er die Meinung der Juristen erbittet. Ein besonderer Verband soll gegründet werden, dem jeder »kirchliche« Charakter fehlt, dem vielmehr nur die Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse der Kirchengemeinden obliegt. Mir scheint eine solche Scheidung auf die Dauer nicht haltbar. Gerade die angeregte, vom praktischen Standpunkt aus erforderliche Würdigung des Zweckmoments in jeder Rechtserscheinung muß zu dieser Einsicht führen. Wenn wir nach dem Zweck der Lebensbetätigung in den sogenannten externen kirchlichen Angelegenheiten fragen, die als der Stoff an die feste Form des Rechts gebunden sind, so ergibt sich, daß auch diese Lebensbetätigung, ebenso wie die in internen kirchlichen Angelegenheiten, den Zweck in sich tragen, der Betätigung religiösen Lebens zu dienen. Will ich eine Kirche oder ein spezifisch religiösen Bedürfnissen dienendes Gemeindehaus bauen, so ist der Zweck eben die Befriedigung eines spezifisch religiösen Bedürfnisses. Durch diesen Zweck ist die Rechtsform bestimmt oder muß

sie, wenn man eine solche Form geben will, bestimmt sein. Eine Rechtsform, in der die einer solchen Lebensbetätigung innewohnende Zielstrebung nicht zum Ausdruck kommt, wäre keine passende Rechtsform. Eine solche Rechtsform wird nie natürlich wachsen, sie kann immer nur eine künstliche sein, denn sie trennt Form und Stoff. Eine nähere Prüfung der einzelnen von Foerster empfohlenen Rechtssätze auf ihre praktische Wirkung hin würde zeigen, daß die vorgeschlagene Form tot bleiben muß, bis der Verband innerkirchliche Befugnisse an sich zieht oder die Kirchengemeinden in den entscheidenden Fragen die Direktive des Verbandes gewinnen. Es ist sehr richtig kürzlich einmal gerade von liberaler Seite bemerkt worden, das System der Trennung der Betätigung in innerkirchlichen und äußerkirchlichen Angelegenheiten sei »psychologisch falsch konstruiert«. Das praktische Leben würde die gegebene Form bald umgestalten. Die grundsätzliche Trennung des Zusammenwirkens in äußeren und innerkirchlichen Angelegenheiten hat sich auf die Dauer von je als unpraktisch und daher, wo sie erscheint, immer nur als ein Übergangsstadium erwiesen. Als solches bewußt aufgefaßt, kann seine einstweilige Einrichtung wohl gerechtfertigt werden, wie z. B. die Schaffung von korporierten Kirchengemeinden, die zunächst nur mit innerkirchlichen Angelegenheiten befaßt wurden, in Altpreußen oder die Schaffung von Kirchengemeinden, die zunächst nur mit äußeren Angelegenheiten befaßt sind, wie wir sie vielfach in neuerer Zeit finden. Diese Organisation kann dann die erwünschte Folge haben, daß das Zusammenwirken in allen kirchlichen Angelegenheiten allmählich in die neu gegebene Form hineinwächst[1].

Die besondere Beziehung auf das spezifisch kirchliche Bedürfnis der Wortverkündung und damit die Gebundenheit jedes kirchlichen Zusammenwirkens auch im größeren Verband an ein gewisses Bekenntnis wird daher immer notwendig bleiben. Der in der Ablehnung dieser Gebundenheit liegende Verzicht auf den Dienst, den die Wortverkündung auch wiederum durch dieses Zusammenwirken gewinnt, wird sich daher nur dann rechtfertigen lassen, wenn die Spannung in dem, was der höhere Verband, und dem, was die Gemeinde bekannt haben will, wirklich allzu groß wird, wenn der Nachteil, der dadurch entsteht, den

---

[1] Vgl. darüber auch meine Abhandlung: Der Begriff der innerkirchlichen Angelegenheiten, Jena 1911, S. 36 f.

Vorteil des Zusammenwirkens offensichtlich überwiegt. Die Ablehnung darf nicht schon damit begründet werden, daß diese Spannung überhaupt besteht. Denn eine solche ist, wie gesagt, auch in der Gemeinde selbst nicht zu vermeiden. Keine auch auf den kleinsten Kreis sich beschränkende Wortverkündigung wird jemals der adäquate Ausdruck des Empfindens aller Beteiligten sein. Und Zweck und Sinn der Wortverkündigung ist es übrigens auch nicht nur, die Empfindungen der Gemeindeglieder zum Ausdruck zu bringen, sondern, in erster Linie, sich gegenseitig darüber zu unterrichten und zu verständigen, was von je als religiöse Wahrheit erkannt ist. Das ist insbesondere die spezifische Aufgabe des geistlichen Amts.

Nur durch die angeregte Prüfung der konkreten Lebensbetätigung, der die Rechtsform dient, kann endlich auch der richtige Gesichtspunkt für die Beurteilung der Anwendung von Zwang gefunden werden. Inwieweit die Frage nach der Zulässigkeit des Rechts in kirchlichen Angelegenheiten mit der Frage nach der Zulässigkeit des Zwanges in kirchlichen Angelegenheiten zusammenfällt, ist schon bemerkt. Danach könnte man an sich wohl dazu kommen, die Rechtsordnung der kirchlichen Angelegenheiten zwar anzuerkennen, aber Anwendung physischen Zwangs dabei ganz oder teilweise für unzulässig anzusehen. So wird denn wohl in der Praxis auch meist nur in bestimmten kirchlichen Angelegenheiten, so insbesondere in Lehrsachen, dieser Zwang verpönt. Dabei verdunkeln nun oft theoretische Spekulationen das praktische Verständnis, indem man sich im einzelnen Fall nicht klarmacht, worauf denn der Zwang gerichtet ist. Die Anwendung obrigkeitlichen Zwangs ist, wie oben bemerkt, auch wieder als eine besondere Rechtsform, ein bestimmtes äußeres Verhalten, zu betrachten, in der eine bestimmte Lebensbetätigung der Gemeinschaft erscheint, und es fragt sich also, worauf im Einzelfalle diese Lebensbetätigung gerichtet ist. Wenn z. B. ein Geistlicher wegen sogenannter Irrlehre abgesetzt wird, so geht der Zwang, der nach diesem Urteil praktisch in Frage kommt, nicht dahin, daß er gezwungen wird, im Sinne des von der Kirche angenommenen Bekenntnisses zu lehren, sondern lediglich dahin, daß die für notwendig erkannte Wahrnehmung des geistlichen Amts nicht von ihm dadurch verhindert wird, daß er, der nicht so lehren kann, auf die Wahrnehmung dieses Amtes besteht. Es ist also stets nur abwehrender Zwang. Der Geistliche wird zu keinem seiner inneren Überzeugung widersprechenden

Bekenntnis gezwungen, sondern lediglich, eventuell unter Anwendung physischen Zwanges, daran gehindert, daß er zur Ablegung seines Bekenntnisses die äußeren kirchlichen Einrichtungen (Kanzel, Wohnung u. dgl.) in Anspruch nimmt, die ihm nur unter der Bedingung und zu dem Zwecke eingeräumt waren, daß er sich im Rahmen des Bekenntnisses hielte, über das sich die Gemeinschaft verständigt hat. Damit ist zugleich gesagt, daß ein Gewissenszwang in diesem Zwang nicht liegt und also in ihm jedenfalls kein prinzipieller Widerspruch mit kirchlichem Wesen zu erkennen ist. Ob der Zwang in solchem Falle zu »rechtfertigen« ist, ist wieder eine andere Frage. Das hängt davon ab, ob die Gemeinschaft in ihrer Existenz ernstlich bedroht ist, wenn an einer Stelle eine andere als die Wortverkündung stattfindet, über die sie sich verständigt hat. Ob das der Fall ist, ist wiederum lediglich eine Frage der praktischen Lebenserfahrung. Daß auch im weiteren Kirchenverbande nicht grundsätzlich auf gleichmäßige Wortverkündung verzichtet werden kann, ist schon bemerkt. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß nicht an vereinzelter Stelle gerade in einem großen Verbande eine andere Wortverkündung einmal ertragen werden kann, ohne daß gleich der ganze Verband gefährdet ist. Deshalb läßt z. B. das altpreußische Kirchengesetz, betreffend die Beanstandung der Lehre der Geistlichen, die Möglichkeit offen, daß im einzelnen Fall ein landeskirchliches Amt auch von einem Geistlichen weiter wahrgenommen wird, der nicht ganz nach dem Bekenntnis der Kirche lehrt[1]. Zum Verständnis und damit zur richtigen Anwendung dieses Gesetzes kommt man daher auch nur dann, wenn man, so wie es die moderne Strömung in der Jurisprudenz fordert, die in Betracht kommenden Lebensbetätigungen nach ihrem Zweck prüft. Es ist um so notwendiger, gerade in unserem Zusammenhange darauf aufmerksam zu machen, weil Unklarheiten über die Bedeutung gerade dieses Gesetzes, wie des Zwangs überhaupt, die gegen die ganze kirchliche Rechtsordnung sich richtende Strömung in letzter Zeit besonders hat anschwellen lassen.

Immerhin bleibt es dabei, daß ganz ohne Zwang zur Erhaltung gleichmäßiger Wortverkündung keine Kirchengemeinschaft aufrechterhalten werden kann, und daß man also, wenn man ihn grundsätzlich ablehnt,

---

[1] Vgl. darüber meine Bemerkungen in der Festschrift »Humanistisches Gymnasium und modernes Kulturleben«, Erfurt 1911, S. 527 ff.

auch auf die ganze Gemeinschaft verzichten muß. Nicht etwa ist es nur die Abhängigkeit der Kirche von der staatlichen Organisation, auf die man zu verzichten braucht. Das nehmen manche offenbar an, indem sie unter Hinweis auf den in kirchlichen Angelegenheiten geübten Zwang die Trennung von Staat und Kirche fordern. Und in dieser Trennung scheint manchem wohl überhaupt eine Lösung des Problems des Verhältnisses von Recht und Kirche zu liegen. Sie übersehen dabei, daß Zwang zur Aufrechterhaltung aller Rechtsordnung, nicht nur der Rechtsordnung der staatlichen Organisation, geübt wird. Die Rechtsordnung auch der sog. öffentlichen Selbstverwaltungskörper wie nicht minder die der Privatvereine wird durch Zwang geschützt; man entgeht also dem Zwang durchaus nicht schon dadurch, daß man eine Trennung aller öffentlichrechtlichen Beziehungen der kirchlichen Verbände zum Staat herbeiführt.

Nur die Beschäftigung mit dem Problem an der Hand konkreter Fälle, in denen man die in Betracht kommenden Lebensverhältnisse eingehend würdigt, kann schließlich zu einer Einsicht führen, weshalb die Rechtsform im einzelnen Falle Anstoß erregt. Man wird dann bemerken, daß es in der Regel nicht das Wesen des Rechts ist, die Gebundenheit des äußeren Verhaltens an feste Formen überhaupt, die man als im Widerspruch mit kirchlichem Wesen empfindet, sondern daß die bestimmte Formgebung von außen als drückend empfunden wird. Das wird einem gerade auf kirchlichem Gebiet besonders verständlich. Wenn man die oben skizzierte Vorstellung von dem Wesen des Rechts hat und also davon ausgeht, daß alles Recht von dem Rechtsgefühl getragen sein muß, und daß das Rechtsgefühl denselben Urgrund hat wie das religiöse Gefühl, dann versteht man es leicht, wie das religiöse Gefühl einen besonderen Antrieb geben kann, frei rechtlich zu handeln, und daß in dem sozialen Zusammenwirken religiöser Menschen die notwendigen Rechtsformen von selbst entstehen und gewahrt werden. Deshalb kann im kirchlichen Leben der Erlaß förmlicher Gesetze allein schon einen gewissen Anstoß erregen. Es wird darin gewissermaßen der Vorwurf gesehen: Du handelst nicht rechtlich, d. h. so, wie es zur Erreichung des kirchlichen Zwecks notwendig ist. Und auch deshalb wird die Formgebung, das Setzen des Rechts, in innerkirchlichen Angelegenheiten bei christlich protestantischer Anschauung schon an sich drückender empfunden als auf anderen Gebieten menschlicher Betätigung, weil hier

der Wert der Individualität besonders betont wird, in der Formgebung aber gerade die unerklärbare, aber nach unserer Lebenserfahrung als feststehend hinzunehmende historisch psychologische Tatsache besonders zum Ausdruck kommt, daß im menschlichen Zusammensein ein Gemeinschaftsgefühl und -wille für den einzelnen maßgebend sein muß. Ganz ausgeschaltet kann dieses Spannungsverhältnis, weil es in der innersten Natur der menschlichen Persönlichkeit, ihrer zugleich individuellen und sozialen Veranlagung, begründet ist, im menschlichen Zusammenleben freilich niemals werden.

Vor allem aber kommt in Betracht, daß es in innerkirchlichen Angelegenheiten besonders schwierig ist, die Rechtsform der Lebensbetätigung, der sie dienen soll, anzupassen. Die gegebene Rechtsform kann hier viel leichter mit der als natürlich empfundenen in Gegensatz treten. Und das individuelle religiöse Empfinden reagiert erfahrungsgemäß auf den leichtesten Druck. Mehr noch wie auf anderen Gebieten kommt es hier daher für Gesetzgeber, Richter und Vewaltungsbeamte darauf an, sich mit dem Stoff, dem sie die Form geben sollen, der besonderen Art der kirchlichen Lebensbetätigungen, eingehend und mitfühlend bekannt zu machen, die Lebenskräfte richtig einzuschätzen, die diesen Betätigungen innewohnen. Diese Forderung kann dem Juristen, der mit kirchlichen Angelegenheiten zu tun hat, nicht dringlich genug vorgehalten werden. Nur in richtiger Arbeit in diesem Sinne kann eine Lösung des Problems Recht und Kirche gefunden werden.

Die vorstehenden Ausführungen werden gezeigt haben, daß die Stellungnahme zu den von Sohm aufs neue angeregten Gedankenreihen von großer praktischer Bedeutung ist, und daß wir deshalb das von ihm behandelte Problem besonders im Hinblick auf die Wandlungen der Anschauungen über Recht und Kirche fortdauernd im Auge behalten müssen. Damit ist der praktische Wert von Sohms Lebensarbeit dargetan, den sie allerdings nur dadurch erhält, daß die von ihm entwickelten Gedankenreihen in der Richtung, die unsere moderne Auffassung von dem Wesen des Rechts und seiner Anwendung anzeigt, weiter verfolgt werden. Dazu sollte die Anregung gegeben werden. Möchte dieser Weg als goldene Brücke erscheinen, durch die der ideale Standpunkt des verehrten Autors mit einer praktischen Lebensauffassung verbunden wird.

Die Pfändung durch den Gläubiger im langobardischen und im fränkischen Rechte eine Abspaltung der Fehde[1].

Von

Rudolf Sohm.

[1] Der vorliegende Aufsatz ist ein Stück aus einer noch nicht fertiggestellten umfangreicheren Arbeit über mittelalterliches Prozeßrecht.

§ 1. Die Aufgabe.

Schon Brunner[1] hat die außergerichtliche Pfandnahme zur Fehde in Beziehung gesetzt; einen Schritt weiter geht Planitz, indem er die Entstehung der außergerichtlichen Pfändung der nichtfränkischen Volksrechte auf das Fehderecht zurückführt[2] und die »außergerichtliche Pfandnahme des altgermanischen Rechtes« als eine »Abspaltung der Fehde« bezeichnet[3] [4]. Man könnte danach meinen, daß ein Versuch, die Abstammung der langobardischen und der fränkischen Gläubigerpfändung von der Fehde wahrscheinlich zu machen, ein überflüssiges Beginnen sei. Dem ist aber nicht so. Denn einmal läßt sich für das langobardische Recht (unten § 2) der Nachweis führen, daß die normale Gläubigerpfändung zur Zeit Rotharis noch wesentlich primitiver und gröber war, als man gemeinhin annimmt. Es wird dadurch, wie wir hoffen, die Lehre von der Abstammung der langobardischen Gläubigerpfändung von der Fehde ein neues Argument gewinnen. — Besonders aber für das salische Recht ist noch allerlei nachzuholen, ehe man hier von einer Abstammung der Gläubigerpfändung von der Fehde sprechen darf. Gerade das Werk von Planitz, dem das Verdienst zukommt, die altgermanische Gläubigerpfändung als

---

[1] RG. II S. 445, 448. Vgl. ferner Mayer-Homberg, Die fränkischen Volksrechte im Mittelalter, I (1912), S. 255.

[2] Planitz, Die Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalterlichen Recht, 1912, S. 8.

[3] Planitz, S. 153.

[4] Vgl. auch Pasquale del Giudice, La vendetta nel diritto longobardo (Milano 1876), der (S. 30 und S. 61) die langobardische und die fränkische Gläubigerpfändung zwar nicht auf die Fehde zurückführt, wohl aber in der Fehde und der Gläubigerpfändung zwei Vertreter der difesa privata sieht, die sich miteinander vergleichen lassen: S. 32: Il pegnoramento senza l'autorizzazione del giudice . . . è un atto di difesa privata che presenta qualche analogia con la faida. Dahn, Bausteine II S. 128 und 340 kämpft also gegen ein Phantom, wenn er Pasquale del Giudice »völlige Gleichstellung des Pfändungsrechts mit der Blutrache und Fehde« (S. 128) zur Last legt. Daß Pasquale del Giudice diese Gleichstellung nicht vornimmt, beweist seine starke Betonung des Gegensatzes zwischen der Fehde (im engeren Sinne) und der Pfändung (S. 30), den auch wir selbstverständlich nicht bestreiten.

erster klipp und klar als Abspaltung der Fehde bezeichnet zu haben[1], führt uns auf die Arbeit, die es noch zu tun gilt. Wenn Planitz an der angezogenen Stelle[1] — im dritten Teile seines Werkes — die altgermanische Gläubigerpfändung als Abspaltung der Fehde bezeichnet, so ist es nach dem Zusammenhange zweifellos, daß Planitz auch an die salische Gläubigerpfändung denkt[2]. Dort aber, wo Planitz ausführlicher von der salischen Gläubigerpfändung handelt — im ersten Teile seines Werkes[3] — tritt der Gedanke einer Abstammung der Gläubigerpfändung von der Fehde nicht in die Erscheinung. Im Gegenteil, der Leser gewinnt bei der Lektüre des ersten Teiles des Werkes von Planitz den Eindruck, daß nach der Ansicht von Planitz die Gläubigerpfändung eine Abspaltung nicht der Fehde, sondern der Friedlosigkeit sei[4]. Diese Unstimmigkeit zwischen dem ersten und dritten Teile der Planitzschen Arbeit erklärt sich, wie mir der Verfasser, mein verehrter Freund, selbst mitteilte, aus der Tatsache, daß der erste Teil seines Werkes älter ist als die folgenden Teile und schon etwa zwei Jahre vorher in der endgültigen Fassung gedruckt worden war[5]. In der Zwischenzeit hatte sich bei ihm die — wie hier gezeigt werden soll, zutreffende — Auffassung der salfränkischen Gläubigerpfändung als einer Abspaltung der Fehde durchgerungen. So erklärt es sich, wenn Planitz im dritten Teile seines Werkes die altgermanische Gläubigerpfändung allgemein, unter stillschweigender Einbegreifung der salischen Pfändung, als Abspaltung der Fehde bezeichnet, obwohl er im ersten Teile die salische Gläubigerpfändung nicht in diesem Sinne versteht. Da sich aber gerade im ersten Teile der Planitzschen Arbeit die sedes materiae für die salische Gläubigerpfändung befindet, so wird jeder, der — wie wir — mit der jüngeren Ansicht von Planitz übereinstimmt, gezwungen sein, sich mit der ausführlichen Begründung der älteren Ansicht bei Planitz (im ersten Teile) auseinanderzusetzen, ehe er der neueren Ansicht zustimmen kann. Diese polemische Arbeit gegen die von Planitz im ersten Teile aufgestellte

---

[1] Planitz, S. 153.

[2] Arg. Planitz, S. 154 bei Anm. 4 verbunden mit S. 27 ff.

[3] Insbes. S. 21 ff.

[4] Daß dies in der Tat die von Planitz im ersten Teile seiner Arbeit vorgetragene Ansicht ist, wird unten (§ 3) näher ausgeführt werden.

[5] Vgl. Planitz, Vorwort S. VI Anm. 1.

Lehre und die positive Begründung der von Planitz im dritten Teile zu erkennen gegebenen Ansicht — das ist die Aufgabe, die für das salische Recht noch zu lösen ist, und deren Lösung im zweiten Abschnitte dieses Aufsatzes (§ 3) versucht werden soll. Der Versuch ihrer Lösung wird uns in vielen Punkten die Wege als richtig erkennen lassen, die vor fast einem halben Jahrhundert Sohm[1] gegangen ist, die aber seitdem von vielen verlassen worden sind.

§ 2. Die langobardische Gläubigerpfändung.

Das langobardische Recht[2] zeigt die älteste Form der außergerichtlichen Pfändung: der Gläubiger pfändet kraft Eigenmacht, ohne daß er einer richterlichen Erlaubnis bedarf. Aus welchen Umständen läßt sich auf die Abstammung dieser Gläubigerpfändung aus der Fehde schließen?

Daß in der dem Gläubiger gegebenen Möglichkeit, auch den nahen Sippegenossen des Schuldners, den gafand, zu pfänden[3], sich eine Andeutung des Zusammenhanges zwischen der langobardischen Gläubigerpfändung und der Fehde zeigt, haben Brunner[4] und Planitz[5] bereits bemerkt.

Noch deutlicher offenbart sich der Ursprung der Pfändung aus der Fehde an dem Hergange und der Wirkung der Pfändung. Dies zu zeigen, soll hier versucht werden.

Roth. 245 bestimmt: De pignerationibus et devitas. Si quis debitorem habens, appellet eum semel bis et usque tertio; et si debitum non reddederit, aut non conposuerit, tunc debeat pignerare in his rebus, quibus pignerare lecitum est.

Das Gesetz gestattet die Pfändung des Schuldners nach dreimaliger Mahnung. Wie der Gläubiger mit dem Pfande umzugehen habe, ob er zur Gefahrtragung verpflichtet sei, und ob der Schuldner ein Einlösungsrecht habe, sagt der Edictus Rothari an dieser, vom Regelfall der Pfändung handelnden Stelle nicht. Dennoch wird von der herrschenden Lehre angenommen, daß der Gläubiger nach lango-

[1] Der Prozeß der lex Salica, Weimar 1867.
[2] Roth. 245 ff., Liu. 108 ff.; vgl. Brunner RG II S. 450.
[3] Roth. 247.
[4] RG II S. 448.
[5] S. 8.

bardischem Rechte ganz allgemein während einer bestimmten Frist nur ein Zurückbehaltungsrecht an dem Pfande erlange, daß er während dieser Frist die Gefahr des Unterganges des Pfandes zu tragen habe, und daß der Schuldner ein — ursprünglich zeitlich unbeschränktes — Einlösungsrecht gehabt habe[1]. Wie steht es um die quellenmäßige Begründung dieser Auffassung? Läßt sich beweisen, daß die Gefahrtragung des Gläubigers und das Einlösungsrecht des Schuldners gerade im Regelfalle der Gläubigerpfändung im ältesten langobardischen Rechte gegolten hat? Die Antwort lautet: Nein! Der Beweis läßt sich nicht erbringen; die beiden Quellenstellen aus dem Ed. Roth., auf denen sich die herrschende Lehre aufbaut – Roth. 251 und 252 —, betreffen Ausnahmefälle, die eine Verallgemeinerung der in ihnen bezeugten Institute: Gefahrtragung des Gläubigers und Einlösungsrecht des Schuldners, nicht zulassen. Dies soll zunächst dargetan werden.

1. Roth. 250 verbietet bei Strafe des actogild[2] die Pfändung von gezähmten Pferden, Ochsen und Kühen sine iussionem regis. Dieses Verbot hebt Roth. 251 für den Fall auf, daß der Schuldner alias res non habuerit nisi caballos domitos aut boves iunctorios, seu vaccas. Doch soll dann nicht die ordentliche eigenmächtige Pfändung durch den Gläubiger selbst erfolgen, sondern tunc ille qui debitum requirit, vadat ad sculdahis et intimet causam suam, quia debitor ipsius alias res non habet, nisi quae supra leguntur. Tunc sculdahis tollat bobes aut caballos ipsius et ponat eos post creditorem, dum usque ei iustitia faciat .... et iustitia facta pignus restituatur. Es ist also deutlich, daß dem Schuldner ein unbefristetes Einlösungsrecht zusteht; ebenso deutlich ist aber auch, daß dieses Einlösungsrecht im engsten Zusammenhange mit dem Ausnahmecharakter des ganzen Kapitels steht: Da hier Pfänder genommen werden, die grundsätzlich bei schwerer Strafe nicht genommen werden dürfen (Roth. 250), soll die Pfändung nur durch den sculdahis erfolgen und dem Gläubiger lediglich ein dem schuldnerischen Einlösungsrecht entsprechendes Zurückbehaltungsrecht verschaffen.

Diese Stelle berechtigt also, da sie einen Ausnahmefall betrifft,

[1] Vgl. Wach, Arrestprozeß S. 20; Brunner, RG II S. 450; Planitz, S. 13 bei Anm. 35.

[2] Vgl. Wach, Arr.-Pr. S. 20 Anm. 3; Osenbrüggen, S. 41 und 118.

nicht dazu, mit der herrschenden Lehre[1] anzunehmen, daß der Schuldner bei jeder Pfändung ein zeitlich unbegrenztes Einlösungsrecht gehabt habe.

2. Aus demselben Grunde ist es unzulässig, die in Roth. 252[2] dem Gläubiger für eine bestimmte Frist auferlegte Haftung für gepfändete Unfreie und Tiere zu verallgemeinern. Die Stelle[2] verbietet zunächst grundsätzlich die Pfändung einer casa ordinata tributaria. Nur Unfreie und Vieh dürfen aus einer solchen casa gepfändet werden. Aber auch nur mit der Maßgabe (ita!), daß der Gläubiger binnen einer bestimmten Frist für Leben und Gesundheit der Pfänder aufzukommen und für einen Schaden, den sie anrichten, zu haften hat. Innerhalb derselben Frist hat der Schuldner das Recht zur Einlösung der Pfänder. Soweit bietet die Deutung der Stelle keine Schwierigkeiten. Es bleiben aber noch drei Worte auszulegen, die, richtig verstanden, den Schlüssel zum Ganzen abgeben, die Worte: casa ordinata tributaria.

Unbestritten dürfte sein, daß casa tributaria ein Zinsgut ist[3]. Was aber bedeutet ordinata?

Osenbrüggen[4] gibt mit einem Fragezeichen die Übersetzung »eingerichtet, fertig«. Diese Übersetzung dürfte allerdings kaum zutreffend sein. Warum soll nur eine »fertige« casa tributaria gegen Pfändung geschützt sein? Eine noch nicht eingerichtete, also etwa noch im Bau

---

[1] Vgl. oben S. 322 Anm. 1.

[2] Nulli leceat pro quolebit debitum casa ordinata tributaria loco pigneris tollere, nisi servûs, ancillas, vaccas, pecoras; ita ut ipsum pignus, quod tullerit, per suam custodiam salvum faciat usque ad praefinitum tempus, sicut subter adnexum est: id est inter eas personas, qui intra centum milia intra se habetant, dies viginti. Et si infra istos dies viginti quis ille pignum suum iustitiam faciens et debitum reddens non liberaverit, et post transactûs viginti dies contigerit ex ipsum pignus mancipium aut quolebet piculium mori aut humicidium aut damnum facere aut alibi transmegrare, tunc debitor in suum damnum repotet, qui pignera sua liberare neclexit. Nam si infra istos vigenti dies servus aut ancilla mortui fuerint aut peculium perierit, aut homicidium aut damnum fecerit, ipse qui pigneraverit in suum damnum repotit, et proprio domino satisfaciat. Et si super centum milia inter se creditor et debitor habitaverit, tunc usque sexaginta dierum spatia poena suprascripta custodiatur.

[3] Vgl. Hegel, Städteverf. I S. 401; Osenbrüggen, Strafrecht der Langobarden S. 144; dazu Brunner, RG II S. 237 Anm. 25, S. 252 oben, I² S. 79 Anm. 30 S. 309 Anm. 76, S. 354 Anm. 66, S. 358 Anm. 21.

[4] a. a. O.

befindliche casa bedarf des Schutzes gegen eine Pfändung in noch höherem Maße als eine fertig eingerichtete.

Osenbrüggen selbst macht[1] darauf aufmerksam, daß das Wort »casa tributaria« auch bei Liu. 59 vorkommt. Sollte uns diese Stelle keinen Aufschluß über das «ordinata« geben können?

Liu. 59 verordnet: Si quis gastaldius, vel actor curtem regiam habens ad gobernandum, ex ipsa curte alicui sine iussionem regis casa tributaria, vel terram, silvam, vitis vel prata ausus fuerit donare, aut si amplius quam iussionem fuerit, dare presumpserit . . ., omnia ipse, qui hoc contra iussionem regia facere ausus fuerit, in dublum actogild conponat, sicut qui res regias furavit.

Liutprand verbietet in diesem Gesetze den königlichen Beamten, die königlichen Grundbesitz zu verwalten haben, aus diesem Grundbesitz Vergabungen von Land, Wald usw., insbesondere die Vergabung einer casa tributaria, eines Zinsgutes, ohne königliche iussio vorzunehmen. Diese königliche iussio ist nichts anderes als das landverleihende königliche praeceptum, das bekanntlich hundertfach in unsern Quellen bezeugt ist[2].

Synonymon von praeceptum aber ist ordinatio. Beweis: l. Sal. 14, 4[3]: Si quis hominem qui migrare voluerit et de rege habuerit praeceptum et abbundivit in malum puplico, et aliquis contra ordinationem regis testare praesumpserit . . .[4].

---

[1] a. a. O. Anm. 17.

[2] Über die königliche Landschenkung durch praeceptum vgl. Sohm, Über das Hantgemal, Z.[2] f. RG. XXX, Germ. Abt., S. 113. — Ein Beispiel aus den langobardischen Königsurkunden gibt das Regesto di Farfa, Nr. CLXXV (Documento 159), vom Jahre 742: Liutprand bestätigt den Picco im Besitze einer medietas casalis, quae tibi iam antea concessimus et minime nostrum emisimus praeceptum, sicut tibi ipsum molinum et medietatem casalis lupo actionarius noster tradere visus est et tu modo possidere videris. — Lugo, der königliche actor, hatte also auf nur mündlich erteilte königliche iussio (vgl. Liu. 59, oben im Text) hin das Grundstück vergeben. Jetzt wird die Erteilung der iussio in Schriftform nachgeholt: Quatinus ab hac die nostrae habens donationis et firmitatis praeceptum securius valeas possidere cum omnibus adiacentiis et pertinentiis suis . . .

[3] Zitiert nach der Ausg. von Geffcken. Leipzig 1898.

[4] Weitere Belege für die Übereinstimmung der Bedeutung von praeceptum (praecipere) und ordinatio (ordinare) ergeben spätere italienische Quellen: Vgl. den Liber iurium reipublicae Genuensis tom. I (Historiae Patriae Monumenta tom. VII), Nr. CCCVII (a. 1174; col. 290d u. 291c); Nr. CCCCXXVII (a. 1199 col. 436d); ferner Urk. von 1218 (Hist. Patr. Mon. tom. XVI col. 411 ff.); Statuten von Como (eod. col. 240a).

Wir gewinnen damit drei gleichbedeutende termini, die bei der königlichen Landvergabung in Anwendung kommen: iussio, praeceptum und ordinatio. Jetzt können wir Liu. 59 so verstehen, als ob an Stelle von iussio stünde ordinatio. Wir können also sagen, Liu. 59 befiehlt den königlichen Beamten, keine Vergabung von königlichem Grundbesitz, insbesondere keine Vergabung einer casa tributaria, ohne königliche ordinatio vorzunehmen. — Wie darf man demnach eine casa tributaria, hinsichtlich deren die iussio, die ordinatio des Königs erteilt ist, nennen? Antwort: casa ordinata tributaria!

Damit ist die casa ordinata tributaria in Roth. 252[1] erklärt. Es ist ein Zinsgut, das aus königlichem Grundbesitz auf Grund königlicher ordinatio vergabt worden ist.

Gibt schon die normale Königsschenkung kein volles Eigentum[2], behält auch hier schon das vergabte Land den Namen fiscus[3], so gilt dies selbstverständlich noch viel mehr bei der Vergabung eines Gutes als Zinsgut. Selbstverständlich bleibt auch die casa ordinata tributaria Königsland, fiscus. Königsland aber darf — das leuchtet wohl ein — nicht von einer Pfändung gegen den darauf sitzenden Zinspflichtigen ergriffen werden. So erklärt es sich aufs beste, wenn Roth. 252 das Verbot einer Pfändung der casa ordinata tributaria als ausnahmslose Regel aufstellt. Königsland soll durch Roth. 252 geschützt werden[4].

Damit ist aber der Ausnahmecharakter dieser Vorschrift ins hellste Licht gesetzt, und es ist klar, daß die befristete Haftung des Gläubigers für die von einer solchen casa gepfändeten Unfreien und Tiere gerade mit diesem Ausnahmecharakter zusammenhängt. Man übersetze nur den Anfang von Roth. 252: Keiner darf eine casa ordinata tributaria (im ganzen[5]) pfänden, sondern nur (die zu ihr gehörigen[5]) Unfreien und Haustiere; diese aber auch nur mit der Wirkung (ita!), daß er für das Pfand innerhalb bestimmter Frist aufzukommen hat. Es bedarf keines Wortes mehr darüber, daß diese Haftung ein

---

[1] oben S. 323.

[2] Sohm, Hantgemal S. 113.

[3] Sohm a. a. O. S. 110 und 112 auf Grund von Brunner, Die Landschenkungen usw.

[4] Daß die Pfändung der casa ordinata tributaria nicht deshalb verboten war, weil sie ein Grundstück ist, folgt aus der grundsätzlichen Möglichkeit der eigenmächtigen Immobilienpfändung: Wach, Arr. S. 22 f.

[5] Diese Ergänzungen sind nach dem Zusammenhange selbstverständlich.

Teil der Kautelen ist, unter denen die Pfändung gegen eine casa ordinata tributaria zugelassen ist, und daß diese Haftung gerade deshalb hier durch das Gesetz verordnet wird, weil sie bei der Pfändung in der Regel nicht eintrat.

Jedenfalls während der Dauer jener Frist, während deren der Gläubiger für die Unversehrtheit und das Verhalten des gepfändeten Lebewesens aufzukommen hatte, dürfen wir ein Einlösungsrecht des Schuldners annehmen. Denn Roth. 252 sagt, daß die Haftung für das Pfand auf den Schuldner übergehe, wenn er das Pfand innerhalb der Frist nicht auslöst: iustitiam faciens et debitum reddens non liberaverit. Daß dem Schuldner nach Ablauf der Frist noch ein Einlösungsrecht zustehe, sagt das Gesetz nicht. Doch dürfen wir es wohl annehmen, da die Haftung des Schuldners nach Ablauf der Frist sich nur erklärt, wenn er noch als Eigentümer betrachtet werden kann.

So ergibt sich für das Einlösungsrecht des Schuldners nach Roth. 252 dasselbe wie nach Roth. 251: Jedes dieser beiden Kapitel macht dadurch, daß es die in ihm geregelte Pfändung gestattet, eine Ausnahme von einem Pfändungsverbot, das, abgesehen von diesen Ausnahmen, nur durch königliche iussio[1] durchbrochen werden kann. Die ausnahmsweise gestattete Pfändung verschafft dem Gläubiger nur ein Zurückbehaltungsrecht, und dem Schuldner bleibt ein zeitlich unbegrenztes Einlösungsrecht.

Es zeigt sich: auf Grund des Ed. Roth. läßt sich nur für die Fälle der ausnahmsweise gestatteten Pfändung die Pflicht des Gläubigers zur Haftung für das Pfand und ein zeitlich unbegrenztes Einlösungsrecht des Schuldners beweisen. Für die normale Pfändung ist weder das eine noch das andere im Ed. Roth. bezeugt.

Erst durch Liu. 108 bis 110[2] wird ohne solche Beschränkung

---

[1] Roth. 250. Dasselbe dürfen wir unbedenklich für die casa ordinata tributaria, da sie Königsland ist (vgl. oben S. 325), annehmen. Vgl. dafür auch Liu. 59 (oben S. 324).

[2] 108: Si quis fedeiussorem aut devitorem suum pigneraverit, et ipsum pignum recollegere neglexerit, et eum per duodicem dies dimiserit, tunc ille qui pignum ipsum aput se habit, si servus aut ancilla est, costodiat eum ut ei fuga non faciat, et faciat sibi eum operas facere, sicut suum proprium servum aut ancillam. Et super habeat licentiam repignerare usque in secundam vicem, ut sint ipsa pignera in dubblo, quantum devitum ipse est. Et si per triginta dies pignera ipsa debitor aut fideiussor recollegere neglexerent, si in

auf Ausnahmefälle dem Gläubiger, soweit es sich um Pfändung von Unfreien handelt, eine Pflicht zum custodire auferlegt und dem Schuldner für jeden Fall der Pfändung[1] ein Einlösungsrecht eingeräumt. Aber dieses Einlösungsrecht ist zeitlich begrenzt. Wenn es binnen 30 oder 60 Tagen nicht ausgeübt wird, verliert der Schuldner die Pfänder, und der Gläubiger wird Eigentümer.

Liutprand hat also Vorschriften, die von Rothari für ausnahmsweise gestattete Pfändungen gegeben waren, etwas verändert auf die ordentliche Pfändung ausgedehnt. Es ist deutlich, daß die zeitliche Begrenzung des in jenen Fällen bei Rothari noch unbegrenzten Einlösungsrechts gerade deshalb von Liutprand vorgeschrieben wird, weil nur mit einer solchen Begrenzung die Ausdehnung des schuldnerischen Einlösungsrechts auf alle Pfändungsfälle möglich war.

Danach kann aber kein Zweifel mehr daran bestehen, daß vor Liutprands Gesetzgebung im Regelfalle der Schuldner kein Einlösungsrecht hatte und den Gläubiger keine Haftpflicht traf.

---

neustria aut in austria fuerent, amittat ipsa pignera, et non habeant facundiam requirendum. Si vero in tusciae partibus fuerit, habeat spatium in dies sexaginta; nam si super sexagenta dies fuerit, similiter amittat pignera ipsa; insuper potestatem habeat, qui pigneravit, causam suam per legem agere et procurare.

109: Si quis permissum habuerit de devitorem aut fideiussorem suum, ut per bove aut cavallûs domitûs pignerare possit, et pigneraverit, et intra duodicem noctis pignera sua devitor aut fideiussor recollegere neglexerit, potestatem habeat, eas menare sicut et suas proprias, et governare: et si mortui fuerit, non requirantur. Nam si pulsatus fuerit, quod iniquo animo plus quam suam animalia minassit, satisfaciat ei solus ad evangelia. Si vero per 30 dies ista parte alpe aut per sexaginta dies illa parte alpis dilataverent et non recollexerent: sicut superius de servo aut ancillam statuimus [cap. 108], ita et de cavallûs vel boves, aurum vel argentum, vestimenta, aeramenta, ferramenta aut animalia minuta vel quolevit pignus fuerit, esse cinsimus [das heißt: amittat debitor pignera].

110: Si quis servum alienum aut ancillam locu pigneris tenuerit, et furtum aut humicidium, vel quolevit malum fecerit, non repotetur proprio domino, nisi ei qui eum tenuit: quia, posteus eum pro devitum suum conpraehindit, sic custodire devit, ut aliquo malo facere non possit. Si vero ancillam fuerit, et cum eam ipse qui pigneravit aut servus eius adulteraverit ante prefinitum constitutum, quod superius posuimus de triginta et 60 dies: conponat adulterium ipsum dominum eius, cuius fuerit ancilla; post constitutum vero 30 vel 60 dierum spatium, sit in potestatem eius qui pigneravit, si ipse, cuius fuerit, recollegere neglexerit.

[1] Liu. 109 a. E.: vel quolevit pignus fuerit.

Nehmen wir hinzu, daß auch nach dem Edictus Rothari die reguläre Pfändung auf keinen Fall der unmittelbaren Befriedigung des Gläubigers gedient haben kann, sondern nur als ein Zwangsmittel aufgefaßt werden darf, durch das der Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers gezwungen werden sollte [1], so öffnet sich uns der Blick in einen Rechtszustand, der alle Merkmale höchsten Alters an sich trägt:

Die regelmäßige Pfändung, die Roth. 245 erwähnt, ohne sie näher zu beschreiben, war ursprünglich ein roher Gewaltakt des Gläubigers, der nach dreimaliger vergeblicher Aufforderung [2] dem Schuldner ein Vermögensstück entreißt, für dessen Erhaltung oder Verhalten der Gläubiger nicht haftet, und auf dessen Einlösung der Schuldner kein Recht hat [3]. Der Gläubiger benutzt das Pfand vielmehr, um an ihm seine Wut gegen den säumigen Schuldner auszulassen und ihn so zur Zahlung zu zwingen. Der gepfändete Knecht wird geprügelt [4], die

---

[1] Dies ergibt sich für die Ausnahmefälle Roth. 251 und 252 und für Liu. 108 ff. aus dem Einlösungsrecht des Schuldners und für Liu. 108 insbesondere aus der Möglichkeit des repignerare. — Vgl. Planitz, S. 11: »Die außergerichtliche Pfandnahme will nicht dem Gläubiger Befriedigung verschaffen . . . in germanischer Zeit dient sie als Mittel, den Schuldner zur Erfüllung zu zwingen.«

[2] Vgl. Planitz, Z.² f. RG XXXIV, S. 427 Anm. 1.

[3] Ich sage nur: kein Recht zur Einlösung! Daß tatsächlich sehr oft, namentlich bei alsbaldiger Schuldtilgung, der befriedigte Gläubiger das entrissene Pfand zurückgegeben haben wird, kann natürlich nicht bestritten werden. Im Gegenteil! Es ist nicht ausgeschlossen, ja sogar wahrscheinlich, daß aus einer derartigen Übung sich ein entsprechendes Gewohnheitsrecht herausgebildet haben mag; ein Gewohnheitsrecht, das durch Liutprand in den Kapiteln 108—110 gesetzlich festgelegt worden ist. Was hier versucht wird, ist nur der Nachweis, daß es einmal (wahrscheinlich noch unter Rothari) eine Zeit gegeben hat, in der es weder ein solches Gesetzesrecht noch auch ein solches Gewohnheitsrecht gegeben hat.

[4] Dies ergibt sich aus Roth. 248: Si quis per errorem alium pro alio pigneraverit per servum aut ancillam, ita decernimus, ut postquam cognovit, quod male pigneravit, mox ipsum pignum relaxit. Et si pulsatus fuerit dominus servi (zu verstehen: a domino servi; so lesen zahlreiche Hss. und der liber Pap.; vgl. MG. LL. IV S. 60, Note o a. h. l. und S. 361. Subjekt des Satzes ist der Pfändende), tunc preveat sacramentum quia per errorem fecit, nam non asto, et crededit debitorem suum pignerassit; tunc sit indempnis. Nam si plagas aut feritas fecerit in ipsum pignus, conponat sicut in hoc edictum legitur. Et si sacramentum dare non presumpserit, quod per errorem pignerassit, reddat ipsum pignum in actogild. — Man sieht: Rothari rechnet als mit etwas Wahrscheinlichem damit, daß gepfändete Unfreie Schläge, wenn nicht gar Körperverletzungen, zu erdulden haben. Wenn Rothari hier verordnet, daß die Regelvorschriften für die an Unfreien begangenen Körperverletzungen (Roth. 76 ff.) im Falle der abgeirrten Pfändung (beim Nicht-

Magd vergewaltigt[1], das Tier den Qualen des Hungers ausgesetzt[2]. Was hindert den empörten Gläubiger daran, das gepfändete Kleinod in den Strom zu werfen, die gepfändeten Gewänder zu zerreißen, das gepfändete Ackergerät zu vernichten? Führt doch auch nach ältestem römischen Recht die pignoris capio zum pignora caedere[3].

War die erste Pfändung erfolglos, so versuchte es der Gläubiger, durch eine Wiederholung der Pfändung den Trotz des Gegners zu brechen[4]. Jede Beziehung zwischen der Höhe der Schuld und der

---

schuldner) zur Anwendung kommen sollen, so besagt diese Vorschrift nur dann nichts Selbstverständliches, wenn man annimmt, daß bei treffender Pfändung (beim Schuldner) der Gläubiger die gepfändeten Unfreien bußlos mißhandeln kann. Würde nämlich der Gläubiger, dem kein Mißgriff bei der Pfändung unterläuft, der also ganz richtig Unfreie seines Schuldners pfändet, für Mißhandlung dieser gepfändeten Unfreien Buße zu zahlen haben, so wäre die Hervorhebung der Bußpflicht für die Mißhandlung gepfändeter Unfreien des Nichtschuldners in Roth. 248 so überflüssig, daß sie nicht zu rechtfertigen wäre.

[1] Dies kann man nach Maßgabe des in der vorigen Anmerkung Gesagten bereits aus Roth. 248 schließen. Dazu kommt noch ein Argument aus Liu. 110 (den Text s. o. S. 327 Anm. 2 zu S. 326): Das Adulterare wird ausdrücklich nur dann unter Strafe gestellt, wenn es ante prefinitum constitutum geschieht. Es ist also auch nach Liu. 110 straflos, wenn es nach Ablauf der 30 bzw. 60 Tage geschieht. Es war also vor Liu. 110 überhaupt straflos, da erst durch Liu. 108—110 diese Fristen von 30 und 60 Tagen Gesetz geworden sind. Vgl. oben S. 326 ff. Adulterare bezeichnet zwar nur den unzüchtigen Verkehr, und nicht geradezu die Vergewaltigung (vgl. Brunner, RG. II S. 658 und 666). Die Verbindung von Liu. 110 mit Roth. 248 läßt aber wohl die Aufstellung der Behauptung im Text zu. Bei Pfändung einer Unfreien mögen also — natürlich nur in der älteren Zeit — die Vorschriften Roth. 205 ff. außer Anwendung geblieben sein. Vgl. die vorige Anmerkung.

[2] arg. Roth. 346 (Schüttung): . . . aqua tantum ei dit, et de damnum in hoc sibi sit contentus, eo quod novem noctis ipsum peculium tenuit. Et si ex ipso peculio aliquid mortuum fuerit, neglegentiae suae repotit, qui dispignerare neglexit. Dazu Brunner, RG. II S. 534. — Diese gesetzliche Erlaubnis der Tierquälerei bezieht sich allerdings unmittelbar nur auf den Fall der Grundstücksbeschädigung durch Vieh und auf die deshalb erfolgende Schüttung. Sie hängt also mit dem Gedankenkreise der Tierstrafen (vgl. Brunner, RG. II S. 531 Anm. 2 und S. 555 f.) zusammen. Man wird aber von der Behandlung des geschütteten Viehs auf die Behandlung des von der normalen Pfändung gegen den Schuldner ergriffenen Viehs schließen dürfen.

[3] Cicero, de oratore III, 1, 4; Mommsen, Röm. Staatsrecht I (Marquardt und Mommsen, Handbuch der röm. Alterthümer), 3. Aufl., 1887, S. 160 Anm. 2; Sohm, Inst. S. 291.

[4] Arg. Liu. 108 (repignerare).

Höhe des durch die Pfändung angerichteten Schadens fehlt[1]. Lediglich der Zwangsgedanke beherrscht den Gewaltakt. Leidenschaft[2] kennzeichnet die älteste Zeit.

Die Geseţe Rotharis und Liutprands haben uns wie durch einen Schleier ein barbarisches Pfändungsrecht erkennen lassen, ein Pfändungsrecht noch wilderer Art, als man gemeiniglich annehmen zu müssen glaubt. Ist aber das Bild, das wir zu sehen glauben, richtig, dann wird sich die longobardische Gläubigerpfändung in der Tat nur als eine Abspaltung der Fehde begreifen lassen[3].

§ 3. Die fränkische Gläubigerpfändung.

Das fränkische Recht unterscheidet sich vom langobardischen Rechte durch die größere Umständlichkeit des Verfahrens, welches der Pfändung durch den Gläubiger voraufzugehen hat. Während Rothari das Interesse des Schuldners mit der Anordnung der dreimaligen Mahnung durch den Gläubiger genügend gewahrt zu haben glaubte, verlangt die lex Salica in Titel 50, 1 und 2 eine Mahnung, ein gerichtliches Verfahren und dann noch drei weitere Mahnungen. In der Mitte des gerichtlichen Verfahrens steht der feierliche Spruch des Thunginus, das nexti chantigio. Wir betrachten zunächst (unter I.) den Gang des Verfahrens bis zu diesem Punkte.

I. Das Geseţ[4] (L. Sal. 50, 1 und 2) bestimmt:

1. Si quis ingenuus aut letus alteri fidem fecerit, tunc ille cui fides facta est in XL noctes aut quomodo placitum fecerit quando fidem fecit ad domum illius qui fidem fecit cum testibus vel cum illis qui praecium adpreciare debent accedere debet. Et si ei noluerit fidem facta solvere

---

[1] So vermutlich in der ältesten Zeit. Nach Liu. 108 darf die zweite Pfändung Pfänder im doppelten Werte der Schuld ergreifen.

[2] Nicht Wirtschaftlichkeit: vgl. Sickel, Der deutsche Freistaat S. 7 f.; Bücher, Die Entstehung der Volkswirtschaft, 4. Aufl., S. 3 ff.

[3] Ebenso mögen die ältesten römischen Vollstreckungsformen Abspaltungen von Fehde und Rache sein. Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang S. 105 f.: Die Privatexekution beruht nicht auf dem Ungehorsam gegenüber richterlichem Gebot, sondern sie »gestaltet sich lediglich als Zwangsverfahren im Dienste der siegenden Partei und ihres Rechtes, allenfalls verseţt mit Rache der verleţten Partei«. Vgl. auch oben S. 329 Anm. 3.

[4] Ausg. von Geffcken.

[mal. thalasciasco h. e.], solidos XV super debitum quod fidem fecerit culpabilis iudicetur.

2. Si adhuc noluerit conponere, debet eum ad mallum manire et sic nexti canthichius mallare debet: rogo te, thungine, ut nexti canthichus gasacio meo illo qui mihi fidem fecit et debitum debet; et nominare debet quale debitum debeat unde ei fidem fecerat. Tunc thunginus dicere debet: nexthe ganthichio ego illo in hoc quod lex Salega ait.

Nach Eintritt der Fälligkeit der fides facta soll der Gläubiger in Begleitung von Männern, die im Falle freiwilliger Erfüllung durch den Schuldner die Abschätzung der dem Gläubiger an Zahlungsstatt auszuhändigenden Gegenstände vorzunehmen haben, zum Hause des Schuldners gehen und in feierlicher testatio [1] vor den Schätzungsleuten als Solemnitätszeugen [2] den Schuldner zur freiwilligen Erfüllung auffordern.

Kommt der Schuldner dieser Aufforderung nicht nach — malb. thalasciasco [3] oder huc chram mito [4] —, so soll er abgesehen von der Schuld aus der fides facta 15 solidi schuldig werden [5]. Wenn der Schuldner aber auch dann — nämlich nach der Aufforderung [6] — nicht leisten will, dann soll ihn der Gläubiger zum Malberge laden, und dort soll er mit folgenden Worten des Gesetzes nexti cantichius mallare: rogo te, thungine, ut nexti canthichus gasasio meo illo. — Diese Gesetzesworte, die der Kläger zu sprechen hat, bilden, wie sonst die »malbergischen Glossen«, eine deutschrechtliche »legis actio«, das Analogon der römischen legis actio [7]. Ein Blick in das Gesetz zeigt, daß diese

---

[1] Diese nicht ausdrücklich bezeugte testatio nehmen wir mit Sohm, Prozeß S. 26, Geffcken, S. 193 f. und Planitz, S. 22 f. an.

[2] Vgl. Sohm, Prozeß S. 23 Anm. 9.

[3] So Hessels und Merkel Cod. 1.

[4] So Hessels und Merkel Cod. 2.

[5] Über das culpabilis iudicetur s. unten S. 334 Anm. 1.

[6] Über das adhuc am Anfange von l. Sal. 50, 2 vgl. unten S. 334 Anm. 1.

[7] Wir stellen uns damit auf den Boden der von Sohm, RuGV. S. 558 ff. vertretenen Auffassung der malbergischen Glosse. — Die Sohmsche Lehre verwirft Brunner, RG. I² S. 433 Anm. 28 unter Anführung von Thiele, Zeitschrift für deutsche Philologie (herausg. von Höpfner und Zacher), 1873, IV, S. 353. Die Polemik von Thiele erschüttert die Theorie Sohms aber nicht im geringsten.

I. Thiele beruft sich zunächst auf die »Zahlenglossen, z. B. Kern S. 36, 58, 59«. Dagegen hat schon Sohm S. 566 darauf hingewiesen, daß diese Zahlenglossen sämtlich »spätere Zusätze« sind. Das ist in der Tat höchstwahrscheinlich und nicht, wie es Thiele zu glauben scheint, eine bloße Nothypothese von Sohm.

Thiele hat es überdies nicht für nötig gehalten, auf die von Sohm S. 566 Anm. 31 gebrachten Gründe einzugehen. Die Gründe, die Sohm vorbringt, und deren Nachprüfung hier versucht werden soll, sind folgende:

1. Zahlenglossen erscheinen, wo sie auftreten, »durchweg nur in einer einzigen Handschrift«. Diese Behauptung Sohms trifft allerdings in einem Falle sicherlich nicht zu: In l. Sal. nov. 23 (Merkel, Ausg. d. l. Sal. S. 55) geben sowohl cod. 6 als auch cod. 10 (Herold) mit unum tualepti bzw. unum ahelepte die Zahl 120 wieder (Grimm bei Merkel S. XV; Kern, Die Glossen in der lex Sal. S. 143; a. M. Jaekel, Z.[2] f. RG. XXX S. 258 ff.), und es ist nicht unmöglich, daß in l. Sal. 6, 1 aus dem letzten Teile der in den codices 7, 8 und 9 enthaltenen Glossen (tunechana, tunechanna) ein twi-neunchunna, also 1800 (Kern S. 35, Grimm S. XXIII) herauszulesen ist [nicht aber, wie Grimm a. a. O. will, auch aus dem Schluß von troi-tohenhunne, cod. 6; hunne bedeutet hier nicht hundert, sondern den Hund, von dem das Gesetz spricht: vgl. Kern S. 171 a. E. und S. 36 und van Helten, Zu den malb. Gl. usw. (in den Beiträgen zur Gesch. d. deutschen Sprache . . . herausg. von E. Sievers, XXV), S. 298 f.].

2. Zahlenglossen finden sich nur in Sal. nov. 23, 25, 32 und l. Sal. 2, 15. (Sohm, RuGV. S. 566 Anm. 31). Sohm hält also die oben unter 1. a. E. erwähnten Glossenteile in l. Sal. 6, 1 nicht für Zahlen. Aber mögen sie auch Zahlen sein, so ist doch dann gerade unbestreitbar, daß sie spätere Zusätze sind, da sie gar nicht mit der im Text verordneten Buße von 600 Denaren übereinstimmen (vgl. Kern S. 35 f.), sondern erst mit der offenbar jüngeren Buße von 1800 Denaren in l. Sal. nov. 32 = Herold l. Sal. 6, 2 (Ausg. von Holder) in Einklang gebracht werden können. Abgesehen davon bleibt als einzige, nicht in einer »Novelle« enthaltenen Zahlenglosse ein Teil der von Herold in l. Sal. 2, 11 (Merkel 2, 15) gebrachten Glosse.

Danach dürfte der Satz Sohms, daß die Zahlenglossen spätere Zusätze sind, mindestens für die Mehrzahl der Fälle das Richtige treffen.

Aber auch dann, wenn die Zahlenglossen nicht später eingefügt sein sollten, können sie doch gegen Sohm nicht ausgespielt werden, denn auch dann hält das

3. an dritter Stelle von ihm (RuGV. S. 566 Anm. 31) vorgebrachte Argument stand: Zahlenglossen finden sich durchweg »neben anderen Glossen«, niemals besteht die Glosse lediglich aus einer Zahl. Beweis: l. Sal. 2, 15 cod. 10: sonischalt tua zymis fit michachunna (vgl. Kern S. 58), Sal. nov. 23: chranalteo lescalti hoc est unum tualepti (cod. 6), rhannechala lerechala hoc est unum ahelepte (cod. 10; vgl. Kern S. 143), Sal. nov. 25: in zymis exachalt et cepto tua septunchunna (cod. 10), Sal. nov. 32: trouuidouuario tuene chunne (vgl. Grimm S. XXIII, Kern S. 36), sodann für den Fall, daß die Deutungen von Grimm und Kern zutreffen sollten (vgl. oben unter 1.) die Glosse zu l. Sal. 6, 1 im codex 7: fhuuuichuus curnutu nechana und in den codices 8 und 9 (ähnlich) (vgl. Kern S. 171 und 36, Grimm S. XXIV), und endlich, wenn Grimm gegen Kern recht haben sollte (oben unter 1. a. E.), in cod. 6: troitohen hunne.

Es bleibt also vor jeder denkbaren »Zahlenglosse« eine fränkische Formel stehen, welche nicht als Zahl aufgefaßt werden kann (die gesperrt gedruckten Worte und Wortteile). Daß die »Zahlenglosse« aber nicht zu der eigentlichen Glosse gehört, folgt mit Sicherheit aus den »hoc est« in den eben mitgeteilten Glossen zu Sal. nov. 23. Es ist bekannt, daß dieses hoc est stets zwischen der

»legis actio«, diese Spruchformel[1], zu unterscheiden ist von der Spruchformel, mit der die Buße für die Nichtbefolgung der testatio[2] eingeklagt werden soll: hier thalasciasco oder huc chram mito; dort nexti canthichius gasacio meo. Wir beobachten also eine Mehrheit der Spruchformeln (»Legisaktionen«): Eine Spruchformel war für die Schuld aus der fides facta, zwei andere (zur Wahl stehende) für die Bußschuld wegen Nichtbefolgung der testatio[2] bestimmt. Aus dieser Mehrheit der Spruchformeln schließen wir mit Sicherheit auf eine Mehr-

---

Glosse und der Bußbestimmung steht. Die »Zahlenglosse« gehört also lediglich zu der Bußbestimmung, deren Höhe sie in fränkischer Sprache ausdrücken soll; sie hat aber nichts mit der eigentlichen Glosse zu tun. Es darf daher aus der »Zahlenglosse«, auch wenn sie nicht später hinzugesetzt sein sollte, nichts gegen die Sohmsche Lehre vorgebracht werden. —

II. Das zweite Argument bilden für Thiele diejenigen Fälle, »wo nach Kern das fränkische Wort in die Struktur des lateinischen Satzes eingepaßt ist«. Als erstes Beispiel nimmt Thiele gerade die uns beschäftigenden Worte des Gläubigers aus l. Sal. 50, 2. Ich kann aber nicht einsehen, wie Thiele seine Auffassung mit dieser Stelle beweisen will. Das ist allerdings unbestreitbar, daß das fränkische Wort hier »der Struktur des lateinischen Satzes eingepaßt ist«. Ein Argument für die Lehre von Thiele ergibt sich daraus aber nicht. Im Gegenteil: Alles rechtfertigt lediglich die Sohmsche Theorie; wenn irgendwo, so ist hier die legis actio mit Händen zu greifen! Daß man auf dem Malberge fränkisch sprach, ist unbestreitbar. Jedoch ist im Gesetz nur der Kern der legis actio, der eben wegen seiner formellen Bedeutung (vgl. Sohm S. 566 ff.) unübersetzbar war, in fränkischen Worten gegeben, das wenige Übrige selbstverständlich lateinisch.

Ebensowenig kann es uns endlich zu der Ansicht von Thiele bekehren, wenn er darauf hinweist, daß gelegentlich die Glosse ebenso wie das verbum des von si abhängigen Tatbestandes des Gesetzes im Konjunktiv gebraucht wird (vgl. l. Sal. 9, 6; dazu Kern S. 65 und l. Sal. nov. 230; dazu Kern S. 164 f.). Daß hier, wie Thiele meint, »nach Sohms Auffassung der Indikativ stehen müßte«, ist unzutreffend. Es ist ganz selbstverständlich, und wird durch die Worte des Gläubigers in l. Sal. 50, 2 erhärtet, daß die legis actio nicht lediglich aus dem einen Worte, etwa »ohseno«, bestand, sondern daß damit nur gewissermaßen der Kontext, der Kern der legis actio, bezeichnet ist. Um diesen Kern legte sich eine Einkleidung, etwa in Form einer Anrede an den Gegner, entsprechend der Bitte an den Thunginus in unserem Falle. Deshalb aber war es nicht nötig, wenn der Kern der legis actio ein verbum war, dieses im Gesetz, wo es der Einkleidung ermangelte, in dem Modus zu geben, den die Einkleidung verlangen würde. Es genügte, daß das verbum selbst wiedergegeben war. Dann ist es aber leicht begreiflich, wenn es in das Satzgefüge des Gesetzes hineingezogen wurde.

[1] Diesen, von der romanistischen Forschung bekanntlich für die römische legis actio verwendeten Ausdruck kann man gut auch für deren deutsch-rechtliches Analogon verwenden.

[2] 15 sol., l. Sal. 50, 1 (vgl. oben S. 331 Anm. 1).

heit der Prozesse: Es ergibt sich, daß die Bußschuld wegen Nichtbefolgung der testatio und die Schuld aus den fides facta in zwei voneinander zu unterscheidenden Verfahren geltend gemacht werden müssen.

Beide Sachen können selbstverständlich in demselben Termin nacheinander verhandelt werden; eine jede folgt aber ihren eigenen Gesetzen: Die Bußschuld wird geltend gemacht in dem hier nicht darzustellenden ordentlichen Verfahren mit Urteil, Urteilserfüllungsgelöbnis und Beweisverfahren; die Schuld aus der fides facta aber wird in dem nexti-chantigio-Verfahren eingetrieben.

Das nexti-chantigio-Verfahren aber, von dem hier allein die Rede ist, spielt sich ausschließlich zwischen dem Gläubiger und dem Thunginus ab: Nicht zum Schuldner, sondern zum Thunginus spricht der Gläubiger die Spruchformel, an die er lediglich eine Angabe darüber, quale debitum debeat, zu knüpfen hat. Tunc, also im unmittelbaren Anschluß daran, soll der Thunginus das nexti chantigio aussprechen.

Es erhellt:

1. Das nexti-chantigio-Verfahren kennt kein Urteil[1] und keinen Beweis[2].

---

[1] Sohm, Prozeß S. 13. — Das culpabilis iudicetur in l. Sal. 50, 1 a. E. bezieht sich, wie auch Brunner RG. II S. 447 Anm. 17 und Planitz S. 26 Anm. 16 annehmen, nur auf die Bußschuld. Daraus ergibt sich aber, daß dieses Urteil eben nur in dem Verfahren wegen der Bußschuld, also nicht in dem nexti-chantigio-Verfahren (beide Verfahren sind zu unterscheiden! Oben S. 333 f.) gesprochen wird. — Sohm, Prozeß S. 27 Anm. 16 betont unter Berufung auf Maurer und Siegel, »daß aus dem culpabilis iudicetur nicht ohne weiteres auf gerichtliches Urteil zu schließen ist«. Wir können auch sagen: Die Worte »Et si ei noluerit fidem facta solvere« in l. Sal. 50, 1 a. E. enthalten ganz, wie etwa die Worte in l. Sal. 19, 1: »Si quis alteri herbas dederit bibere ut moriatur«, den strafrechtlichen Tatbestand, auf den hier wie dort die mit der stereotypen Wendung culpabilis iudicetur schließende Strafbestimmung folgt. Zu irgendeinem Schluß auf ein innerhalb des »exekutivischen Verfahrens« zu fällendes Urteil berechtigt uns das »culpabilis iudicetur« also nicht. (Eben wegen der Formelhaftigkeit dieser Wendung bezieht sich das adhuc am Anfange von l. Sal. 50, 2 nicht auf den Zeitpunkt des iudicetur, sondern auf den Zeitpunkt des solvere nolle nach der testatio in l. Sal. 50, 1. Vgl. oben S. 331 bei Anm. 6.) — Die von Behrend, Festg. f. Heffter S. 67 beigebrachten Gründe für die Annahme eines Urteils im nexti-chantigio-Verfahren scheinen in doppelter Beziehung angreifbar: erstens ist es methodisch nicht einwandfrei, wenn Behrend zur Erforschung des nexti-chantigio-Verfahrens

2. Es setzt trotz der in l. Sal. 50, 2 vorgeschriebenen mannitio[1] die Anwesenheit des Beklagten nicht als notwendig voraus[2]. Die Nichtbefolgung der mannitio führt nur im Verfahren wegen der Bußschuld aus l. Sal. 50, 1 zur Bußfälligkeit nach l. Sal. 1 und zur Friedloslegung nach l. Sal. 56; auf das nexti-chantigio-Verfahren,

---

Beispiele aus dem ordentlichen und gar aus dem königsgerichtlichen Verfahren entnimmt. Es fragt sich gerade, ob die Regeln des ordentlichen Verfahrens auch im nexti-chantigio-Verfahren gelten — ganz zu schweigen von der grundsätzlichen Verschiedenheit zwischen dem ordentlichen und dem königsgerichtlichen Verfahren. Zweitens aber ist die Behauptung von Behrend a. a. O.: »Der germanische Prozeß ist . . . immer ein Verfahren gewesen, welches sich durch Urteile fortbewegt hat«, eine nichts beweisende petitio principii.

[2] Vgl. Sohm, Prozeß S. 13. — Nicht einmal einen Beweis der testatio nach l. Sal. 50, 1 hatte der Gläubiger im nexti-chantigio-Verfahren zu erbringen. In diesem Verfahren wurde die Frage, ob die testatio erfolgt sei, gar nicht geprüft. Einen Beweis der testatio durch deren Zeugen hatte der Gläubiger nur in einem Bußprozesse zu erbringen. Ein solcher Bußprozeß konnte auf zweierlei Art zustande kommen: Entweder der Gläubiger hatte die testatio ordnungsgemäß vorgenommen, der Schuldner aber nicht gezahlt, dann konnte der Gläubiger (neben dem nexti-chantigio-Verfahren, vgl. oben S. 333 f.) den Bußprozeß wegen der in l. Sal. 50, 1 bestimmten 15 sol. anstrengen. Dabei mußte er die testatio mit den Zeugen beweisen. Oder der Gläubiger hatte — nach der Behauptung des Schuldners — ohne vorhergegangene testatio das nextichantigio vom Thunginus erbeten. Dann pfändete er male (l. Sal. 75). Der Schuldner war dann wahrscheinlich zur Pfandwehr berechtigt (unten S. 337 f.), durch die er ein ordentliches Verfahren wegen der in l. Sal. 75 für das male pignorare festgesetzten Buße von 15 sol. in Gang brachte. Auch in diesem Verfahren mußte der Gläubiger versuchen, den Beweis der testatio mit den Zeugen zu führen. So versteht man, wie es zu erklären ist, daß der Gläubiger im nexti-chantigio-Verfahren die testatio nicht zu beweisen brauchte; führte doch das ohne vorgängige testatio, also unrechtmäßig erbetene und erhaltene nexti chantigio, zu einer Pfändung, die mit Pfandwehr angreifbar war, also zu einem Prozesse führte, in dem der Gläubiger unterliegen mußte, da er die (unterlassene) testatio nicht beweisen konnte. — Daß die beim testare zugezogenen Zeugen das testare im nexti-chantigio-Verfahren zu bezeugen hätten, hält Sohm (Prozeß S. 29 — vgl. auch S. 12 —, zustimmend Planitz S. 25 Anm. 14) auf Grund von l. Sal. 45 für wahrscheinlich. Einen zwingenden Beweis ergibt aber l. Sal. 45 für l. Sal. 50 jedenfalls nicht.

[1] Diese ist nur für das Verfahren wegen der Bußschuld (oben S. 334) von wesentlicher Bedeutung. Für das nexti-chantigio-Verfahren, das nur die Schuld aus der fides facta zum Gegenstand hat, bedeutet die mannitio nur eine Ladung »lediglich zur Kenntnisnahme des Akts, durch welchen Kläger im Gericht die Exekutionsgewalt der Gerichtsobrigkeit in Bewegung setzen will«. (Sohm, Prozeß S. 40.)

[2] Sohm, Prozeß S. 40: »Das Verfahren bedarf der Mitwirkung des Beklagten nicht.« Vgl. eod. S. 14.

das keine Bußschuld, sondern nur die Schuld aus der fides facta zum Gegenstande hat, übt die Säumnis des mannierten Schuldners keinen Einfluß aus[1].

3. Wenn der Beklagte anwesend ist, so steht ihm nicht die von Brunner[2] und Planitz[3] behauptete Möglichkeit offen, durch ein Bestreiten der Schuld das Verfahren mit nexti chantigio abzuwenden und das ordentliche Verfahren in Gang zu setzen. Einen Beleg für eine solche Möglichkeit bieten die Quellen nicht[4]. Höchstens ein mittelbarer Beweis ließe sich mit Sohm[5] aus l. Sal. 45 entnehmen: Die Aufforderung an den Grafen zur Ausweisung des säumigen migrans darf nur erfolgen, wenn der migrans im Gerichtstermin keine sunnis angemeldet hat. Also ist wohl anzunehmen, daß in l. Sal. 45 dem Beklagten die Möglichkeit des Widerspruchs in diesem Termin offengehalten werden soll. Dies dürfte aber seine Erklärung finden, sobald wir an einen besonderen Fall denken, dessen l. Sal. 14, 4 gedenkt: Si quis hominem qui migrare voluerit et de rege habuerit praeceptum et abbundivit in malum puplico ... Der migrans kann also, wenn er im mallus ein königliches praeceptum[6] produziert,

---

[1] A. M. Planitz S. 24 f., bes. Anm. 13; Planitz bringt hauptsächlich zwei Gründe für seine Auffassung vor:

1. »Es widerspricht dem Charakter des alten Prozeßrechts, eine gerichtliche Verhandlung ohne Anwesenheit des Beklagten anzunehmen.« Das ist eine petitio principii, und obendrein ergibt l. Rib. 32, 3 das Gegenteil.

2. »Positiv folgt die in 50 2 unterstellte Anwesenseit des Beklagten aus dem ihm gegenüber vorgenommenen Testare. Aus Titel 45 2, 52 ergibt sich, daß der Formalakt nur dem Gegner in Person gegenüber vorgenommen werden konnte: daher die direkte Anrede.« Daß diese Ausführung nicht zwingend ist, folgt aus l. Sal. 50, 3: ... grafio ... dicat: qui ad praesens es, ... solve ... et ... satis facias. Quod si audire noluerit praesens aut absens ... Das Wesen des Formalakts bringt es mit sich, daß seine Form nur auf einen Teil der Fälle, in denen er zur Anwendung kommt, wirklich paßt. Vgl. auch Geffcken S. 196 und unten S. 343 bei Anm. 2.

[2] RG. II S. 447 Anm. 17 und S. 521 f. — Brunner unterläßt es, einen Beweis für seine Auffassung zu führen.

[3] S. 25, S. 34 Anm 38.

[4] Wenigstens vermißt man bei Planitz S. 25 f. Anm. 15 und den daselbst Zitierten (mit Ausnahme von Sohm, Prozeß S. 40; darüber s. den Text und unten S. 337 Anm. 7) einen quellenmäßigen Beweis.

[5] Prozeß S. 40; vgl. Planitz a. a. O.

[6] Vgl. Sohm, Hantgemal S. 113.

jedem weiteren Verfahren gegen sich Stillstand gebieten [1], und darum hat es seinen guten Sinn, daß er in l. Sal. 45 echte Not anmelden kann. Irgend etwas Derartiges ist aber für l. Sal. 50 nicht bezeugt. Es ist gewiß, daß es dem gasacio, der tatsächlich nichts schuldet, in irgendeiner Weise ermöglicht sein muß, sein gutes Recht zur Geltung zu bringen. Daß dies aber gerade in dem Termin, in dem das nexti chantigio beantragt wurde, zu erfolgen hätte, ist weder notwendig noch bezeugt. Vielleicht gibt uns l. Sal. 75 (bei Merkel: 74) einen Fingerzeig [2]. Dort ist dem Gläubiger, der male (d. h. ohne materielle Berechtigung [3]) pignoraverit, ein Nachteil gedroht. Also muß der gasacio warten, bis der Gläubiger die Pfändung versucht; dann erst kann er durch seinen Widerspruch — vermutlich in Form der Pfandwehr [4] — ein ordentliches Verfahren in Gang bringen [5], ganz so, wie nach römischem Recht in den Fällen der legis actio per manus iniectionem non pro iudicato erst das manum depellere, die »Handwehr«, zu einem ordentlichen Verfahren führte [6].

Eine Überleitung in das ordentliche Verfahren in diesem Termine durch den Widerspruch des Beklagten scheint damit ausgeschlossen [7].

Das Verfahren mit nexti chantigio ist also dem ordentlichen Verfahren gegenüber vollkommen selbständig. Mag der gasacio erscheinen oder nicht, mag er die Schuld leugnen oder nicht, einerlei: stets muß der Thunginus lediglich auf die formgerechte Bitte hin das nexti chantigio aussprechen.

Das damit gewonnene Bild des nexti-chantigio-Verfahrens deckt sich in seinen Hauptzügen mit der von Sohm [8] gegebenen Darstellung des »exekutivischen« Verfahrens. Höchste Schleunigkeit und völliger Mangel

[1] Wenn der Kläger nun, nach der Produktion des praeceptum, bei seinem Antrage verharrt, so verfällt er der Strafe nach l. Sal. 14, 4.

[2] Vgl. Sohm, Prozeß S. 41 und auch Eliason (Die Klage de re praestita usw., Bresl. Diss. 1910), dessen Ausführungen S. 40 f. offenbar auf Sohm a. a. O. beruhen.

[3] Vgl. Sohm, Prozeß S. 31 Anm. 28; dazu Ed. Chilp. c. 8; Geffcken S. 246.

[4] Vgl. unten S. 345 Anm. 2.

[5] Vgl. Sohm, Prozeß S. 41.

[6] Gaius IV 23 ff.; vgl. Keller-Wach S. 96 ff.; Sohm, Institutionen S. 289 ff. — So dürfte sich der Widerspruch Lönings, Vertragsbruch S. 38 f. Anm. 5 erledigen.

[7] Wir vermeiden so den von Planitz S. 25 f. Anm. 15 bemerkten Selbstwiderspruch bei Sohm, Prozeß S. 40.

[8] Prozeß S. 12 f., 28 f., 39 f. — S. 13 spricht Sohm von dem »durchaus einseitigen und formellen Character des Verfahrens«.

jeder Sachverhandlung[1], jeder Beweisführung[2] und jedes Urteils sind die Hauptmerkmale. Das ganze Verfahren vor dem Spruche des Thunginus besteht lediglich aus dem Antrage auf Erlaß des nexti chantigio und aus der Individualisierung der Schuld: quale debitum debeat. Streitgegenstand des nexti-chantigio-Verfahrens ist nur die Schuld aus der fides facta. Die Bußschuld von 15 solidi aus l. Sal. 50, 1[3] kann nicht im nexti-chantigio-Verfahren, sondern nur in einem selbständigen, und zwar in einem den Regeln des ordentlichen Verfahrens folgenden Prozesse mit Urteil, Urteilserfüllungsgelöbnis und Beweisverfahren eingetrieben werden[4], also in einem Prozesse, der sich von dem Verfahren wegen der fides facta (dem nexti-chantigio-Verfahren) nicht nur im Streitgegenstande, sondern auch im Prozeßsystem wesentlich unterscheidet.

II. Jetzt sind wir in der Lage, zu der von Planitz im ersten, dem älteren Teile seines Werkes entwickelten Lehre Stellung zu nehmen. Es wurde bereits ausgeführt[5], daß Planitz in dem jüngeren dritten Teile eine mit unserer Hauptthese (Herkunft der fränkischen Gläubigerpfändung aus der Fehde) sich deckende Anschauung zu erkennen gibt. Ich darf daher hoffen, trotz der folgenden notwendigen Polemik[6] wenigstens im Hauptpunkte die Zustimmung meines verehrten Freundes zu finden.

Planitz entwickelt in der Einleitung seines Werkes[7] folgende Gedanken zur Charakterisierung der Grundlagen des germanischen gerichtlichen Verfahrens:

Die Friedensgenossenschaft des Volkes kann nur durch einen Friedbruch zum gerichtlichen Eingreifen gebracht werden. Wo ein solcher Friedbruch nicht von vornherein gegeben ist — die bloße Nichterfüllung der fides facta stellt keinen Friedbruch dar —, da muß ein solcher Friedbruch erst provoziert werden. Dies geschieht durch die formelle Mahnung. Der Ungehorsam gegen diese ist Friedbruch, und die für diesen Friedbruch verfallene Buße kann im Gericht eingeklagt werden.

---

[1] Nicht einmal eine Anfechtung durch den Schuldner ist möglich (oben S. 337).
[2] Auch nicht über die testatio nach l. Sal. 50, 1 (oben S. 335 Anm. 2 zu S. 334).
[3] Vgl. oben S. 331.
[4] Vgl. oben S. 334.
[5] Oben S. 319 f.
[6] Gegen die von Planitz (im ersten Teile) entwickelte Theorie wenden sich bereits O. v. Gierke, Schuld und Haftung S. 153 Anm. 31 und Eliason S. 38.
[7] S. 4 ff.

Zugleich mit dieser Buße wird die Hauptschuld zum Gegenstande des gerichtlichen Verfahrens. Dieses gerichtliche Verfahren droht in letzter Linie mit der Friedlosigkeit[1].

Diese Grundsätze glaubt Planitz[2] auch in dem nexti-chantigio-Verfahren verwirklicht zu finden: Die Nichtbefolgung der ersten Schuldmahnung[3] ist Friedbruch[4], und erst dieser Friedbruch gibt die Möglichkeit zum gerichtlichen Verfahren wegen der fides facta. Da also nach Planitz das nexti-chantigio-Verfahren erst durch einen Friedbruch ermöglicht wird, so glaubt Planitz auch das ganze Verfahren als ein solches wegen Friedbruchs auffassen zu müssen: er sieht also in dem Ziele des Verfahrens, in dem nexti chantigio, eine Friedloslegung[5].

Die Friedloslegung des nexti-chantigio-Verfahrens ist aber — nach Planitz, erster Teil — im Gegensatze zu der des ordentlichen Verfahrens in zweifacher Beziehung beschränkt: erstens im Umfange: sie ergreift nur das Gut[6], und zweitens hinsichtlich der zu ihrer Geltendmachung befugten Personen: nur der Gläubiger kann sie geltend machen: Die Friedlosigkeit ist nur eine »relative«[7]. Planitz versteht an dieser Stelle unter »relativer Friedlosigkeit« nicht, wie anderwärts[8],

[1] Planitz S. 5.

[2] S. 23 ff.; vgl. S. 44 f.

[3] l. Sal. 50, 1.

[4] Planitz S. 22 ff.; vgl. S. 6 f. und S. 4 f.

[5] Planitz S. 27 a. E.: »Das Nexti Chantigio verfügt eine relative Friedlosigkeit des Guts nach Volksrecht. Daher bedarf es einer Steigerung der Schuld zur Bußschuld von 15 Schillingen, bevor das Nexti Chantigio verhängt werden kann« (dazu beruft sich Planitz in Anm. 19 darauf, daß Sohm und Geffcken von einem Banne über das Vermögen des Schuldners sprechen: dagegen s. unten S. 340 Anm. 6); Planitz S. 28 Anm. 20: »Gerade die Bußpflicht charakterisiert die Gläubigerpfändung der Lex Salica als eine solche im Achtverfahren.« Wenn Planitz fortfährt: »Schon Brunner RG. II 450 hat darauf hingewiesen, daß sie sich hierdurch von der anderer Volksrechte unterscheide«, so müssen wir bemerken, daß diese Berufung auf Brunner nicht durchschlägt: Wir können nicht finden, daß Brunner irgendeinen grundsätzlichen Unterschied zwischen den fränkischen und den übrigen Pfändungen behauptet: vielmehr scheint es uns, als wolle Brunner gerade die trotz verschiedener Ausgestaltung bestehende Übereinstimmung im Grundsatze zur Anschauung bringen: In sämtlichen Rechten wächst die Schuld dessen, der es zur Pfändung kommen läßt; das Anwachsen der Schuld ist nur verschieden ausgestaltet: entweder erhöht sich die Schuld um Bruchteile ihres Betrages oder um »feste Bußbeträge«.

[6] Planitz S. 27 (vor. Anm.) und S. 44.

[7] Planitz S. 27 (oben Anm. 5).

[8] Planitz S. 3 bei Anm. 9 und S. 8.

und wie es der von uns verteidigten Anschauung entsprechen würde, den Mangel des Friedens zwischen den Beteiligten im Fehdeverhältnis, sondern eine, allerdings stark eingeengte, echte Friedlosigkeit[1]. »Die Gläubigerpfändung der lex Salica ist eine Pfändung im Achtverfahren[2].«

Das ist die — ältere — Lehre von Planitz. Wie stellen wir uns zu ihr?

Es wurde oben[3] ausgeführt, daß die Bußfälligkeit nach l. Sal. 50, 1 zwar vor dem Antrag auf nexti chantigio durch den Gläubiger herbeigeführt werden muß, daß aber das nexti-chantigio-Verfahren völlig unabhängig ist von dem Verfahren wegen der Buße aus l. Sal. 50, 1. Eine Prüfung der Frage, ob der Schuldner die Buße nach l. Sal. 50, 1 verwirkt hat, findet in dem nexti-chantigio-Verfahren nicht statt. Der Thunginus hat auf den bloßen Antrag des Gläubigers hin[4] das nexti chantigio auszusprechen, auch wenn die vergebliche testatio, die l. Sal. 50, 1 voraussetzt, gar nicht stattgefunden hat. Es ist gerade nicht der Fall, daß erst die Bußfälligkeit nach l. Sal. 50, 1 das nexti-chantigio-Verfahren ermöglichte[5]. Damit fällt aber das Hauptargument von Planitz für seine Behauptung, daß das nexti chantigio eine Friedloslegung bedeute, und daß die Gläubigerpfändung der lex Salica eine Pfändung im Achtverfahren sei[6].

---

[1] Planitz S. 28: »Das Verfahren mit Nexti Chantigio ist eine Abspaltung der Friedlosigkeit, das einzige Beispiel, das die lex Salica für die von den Volksgerichten verhängte provisorische Acht bietet.«

[2] Planitz S. 30.

[3] S. 334.

[4] Vgl. oben S. 337 a. E.

[5] Der Gläubiger, der gegen den nicht gemahnten Schuldner das nexti-chantigio-Verfahren durchführt und dann pfändet, hat aber bei der Pfändung den Widerspruch des Schuldners wegen pignorare per ignorantiam zu gewärtigen (l. Sal. 75; wir meinen also, ebenso wie Brunner RG. II S. 448 Anm. 20; Planitz S. 21 Anm. 4 gegen Sohm, Prozeß S. 31, daß hier von einer ignorantia des Schuldners die Rede ist). Vgl. unten S. 344 Anm. 6 und oben S. 337.

[6] Auf einige Nebenargumente von Planitz sei noch kurz eingegangen: Planitz beruft sich S. 27 Anm. 19 auf Sohm, Prozeß 28 und Geffcken S. 195, welche beide lehren, daß durch das nexti chantigio ein Bann über das Vermögen des Schuldners verhängt werde. Dieser Auffassung begegnet man noch öfter: Vgl. Sohm, Prozeß S. 12, RuGV. S. 100 a. E.; Behrend, Festg. f. Heffter S. 74 und Ausg. der lex Sal. S. 104 Anm.; Löning S. 39; Cohn, Justizverweigerung S. 61; H. O. Lehmann, Rechtsquellen S. 20 Anm. 8; Rispoli, Rivista italiana per le

III. Die Bedeutung des nexti chantigio ist in Wahrheit eine überaus einfache.

Der Wortsinn der Formel ist bestritten [1]. Doch soll uns dieses philologische Rätsel nicht quälen:

Nach dem oben [2] dargestellten Gang des Verfahrens kann die sachliche Bedeutung des Spruchs des Thunginus keinem Zweifel mehr unterliegen: Da seine einzige Voraussetzung der mit einer Bezeichnung der Schuld zu verbindende Antrag des Gläubigers ist [3], und wir da ferner nicht mit Planitz das nexti chantigio für eine eingeschränkte Friedloslegung halten können [4], so kann sie nur als eine Pfändungserlaubnis von der Art, wie sie auch andere Volksrechte kennen [5], aufgefaßt werden [6].

scienze giuridiche Vol. XLV (1908) S. 73. Einen überzeugenden Beweis für diese Auffassung ergeben aber meines Erachtens die Quellen nicht. Man vergleiche die angeführten Literaturstellen. — Ferner sagt Planitz S. 28 Anm. 20 a. E. im Hinblick auf die in l. Sal. 50, 1 gedrohte Buße von 15 Schillingen: »In Salica 1, 1 wird die 15 Schillingsbuße von der malbergischen Glosse als Achtbuße bezeichnet: reaptem; vgl. Kern bei Hessels 440.« Gegen diese Argumentation ist zunächst darauf hinzuweisen, daß die von Planitz adoptierte Deutung von reaptē durch Kern (vgl. auch Glossen S. 173) keineswegs sicher ist — Grimm, Vorrede zur l. Sal. S. LVI, dem Siegel S. 73 Anm. 4a folgt, versteht die Glosse als: fuerit retro = non venerit; ähnlich van Helten a. a. O. S. 257 f. (vgl. oben S. 332 unter 1 a. E.) —; namentlich aber muß hervorgehoben werden, daß hier, in l. Sal. 50, 1, gar nicht die — für l. Sal. 1, 1 allerdings bezeugte — Glosse reaptē, sondern thalasciasco (Hessels cod. 1 — vgl. oben S. 331 Anm. 3) und huc chram mito (Hessels cod. 2 — vgl. oben S. 331 Anm. 4) überliefert ist. In diesen beiden Glossen läßt sich aber keine Beziehung auf die Friedlosigkeit entdecken (vgl. van Helten S. 462 f., wonach thalasciasco, dessen Deutung Grimm, Vorrede S. LV unversucht läßt, mit »träge, nachlässig«, und huc chram mito mit achramire [so auch Löning S. 36] zusammenhängen dürfte). Überdies liegt zu einer Heranziehung von reaptē in anderen Fällen außerhalb von l. Sal. 1, 1 deshalb kein Anlaß vor, da bekanntlich (Sohm, RuGV. S. 564) »die technische Bezeichnung der Buße von 15 solidi« leudardi ist, und endlich neben der Buße von 15 solidi außerhalb von l. Sal. 1, 1 die Glosse reaptē niemals auftritt, wohl aber andere Glossen: vgl. l. Sal. 8, 3 (texaga); 21, 2 (fimire); 38, 6 (marsolem); 39, 1 (obscult).

[1] Vgl. die bei Planitz S. 26 f. Anm. 26 angeführte Literatur. Ferner Ernst Mayer in den Germanistischen Abhandlungen zum 70. Geb. C. v. Maurers (1892), S. 432 Anm. 2 a. E.; vgl. auch E. Mayer, D. u. fr. VG. I S. 157.

[2] S. 330 ff.

[3] Oben S. 337 f.

[4] Oben S. 339 f.

[5] Vgl. Planitz S. 9 ff. — In l. Baiuw. 13, 1 und 3 ist die Erlaubnis mit iussio bezeichnet (vgl. Wilda, Das Pfändungsrecht S. 184; Siegel S. 41 und auch

Planitz hat die Bedeutung dieser Pfändungserlaubnis, soweit sie außerhalb der lex Salica bezeugt ist, durchaus richtig eingeschätzt, wenn er lehrt, daß sie nur deshalb von jenen Volksrechten gefordert werde, damit kein scandalum entstehe, daß sie aber nicht als die »Grundlage der Pfandnahme« zu betrachten sei. »Die Rechtsnatur der Pfandnahme wurde durch das Erfordernis der richterlichen Genehmigung nicht alteriert[1].« Wir können im Sinne von Planitz hinzufügen: Trotz der Pfändungserlaubnis blieb die Pfändung eine Abspaltung der Fehde[2]. Dasselbe aber gilt für das fränkische Recht: Das nexti chantigio des Thunginus hat nur eine untergeordnete Bedeutung, ganz wie die Pfändungserlaubnis anderer Volksrechte. Das Wesen der Pfändung uns zu enthüllen, ist es nicht geeignet.

IV. Das Wesen der Gläubigerpfändung der lex Salica kann uns nur das nach dem Spruche des Thunginus stattfindende Verfahren verraten.

Das Gesetz verordnet in Titel 50, 2 im unmittelbaren Anschluß an die oben[3] zitierten Worte:

Tunc ipse cui fides facta est testare debet, ut nulli alteri nec solvat nec pignus donet solutionis nisi ante ille impleat quod ei fidem fecerat. Et festinanter ad domum illius illa die antequam sol collocet cum testibus ambulare debet et rogare sibi debitum solvere. Si hoc noluerit facere,

---

Behrend, Festg. f. Heffter S. 72), ebenso wie in Roth. 249 und 250. Brunner, RG. II S. 457 Anm. 23; Eliason S. 52 sehen in der iussio einen Befehl; ebenso übersetzt Planitz S. 144 und 145 iussio mit Befehl, doch sieht er in der iussio eigentlich nur eine Erlaubnis (S. 9, 145, 146).

[6] Vgl. Siegel a. a. O., Pasquale del Giudice S. 60 f. — daß irgendein Befehl von dem Thunginus erlassen werde, wie Behrend, Festg. f. Heffter S. 74 a. E., Heusler, Inst. II S. 235 und Eliason S. 24 glauben (nicht aber, wie Eliason S. 25 Anm. 1 behauptet, auch v. Meibom S. 42, wo nur vom späteren Rechte die Rede ist), ergibt kein Wort der Quelle. Ebensowenig kann die Übersetzung der Formel des Thunginus von van Helten S. 464: »ich fordere (zur Zahlung) auf als seiner Verbindlichkeit nicht nachkommend«, zutreffend sein, da die ganze Verhandlung lediglich zwischen Gläubiger und Thunginus stattfindet und die Anwesenheit des Schuldners völlig unnötig ist (oben S. 335 f.). Darum sagt der Thunginus auch: nexthe ganthichio ego illo. Der Schuldner wird also gar nicht angeredet, sondern nur der Gläubiger. Eine Zahlungsaufforderung kann in den Worten des Thunginus also nicht enthalten sein.

[1] Planitz S. 10 f.

[2] Vgl. Planitz S. 8; dazu oben S. 321.

[3] S. 330 f.

solem ei collocet. Tunc si solem collocaverit, CXX dinarios qui faciunt solidos III super debitum adcrescant. Istud usque ad tres vices per tres nondenas fieri debet, et in tercio ista omnia facta si noluerit conponere, usque ad CCCLX dinarios h. e. solidos novem adcrescat, id est ut per singulas admonitiones vel solem collocatum terni solidi super debitum adcrescant.

Die Fortsetzung des Verfahrens ergibt sich aus l. Sal. 75: es darf nunmehr der Gläubiger sine iudice, ohne Mitwirkung des Grafen, pfänden[1].

Durch feierliche testatio im Gericht verbietet also der Gläubiger dem Schuldner — mag er zugegen sein oder nicht[2] — die Verfügung über sein Vermögen bis zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit. Die volle Bedeutung dieses Aktes wird erst durch den Gegensatz zu der verhältnismäßig geringen Bedeutung des nexti chantigio offenbar: Nur als Pfändungserlaubnis darf, wie wir sahen[3], das nexti chantigio aufgefaßt werden; die Rechtslage des Schuldnervermögens erleidet also durch den Spruch des Thunginus keine Änderung. Eine solche Änderung bewirkt erst die gerichtliche testatio. Es ist anznnehmen, daß ihre Wirkung darin besteht, daß die Pfändungsbefugnis des Gläubigers sich von nun an auf alle in diesem Augenblicke im Vermögen des Schuldners befindlichen Gegenstände erstreckt, und daß daran auch eine dem in der testatio enthaltenen Verfügungsverbote zuwiderlaufende Veräußerung durch den Schuldner nichts ändert. Man darf also mit Planitz von einer »Arrestverstrickung« als Wirkung der testatio sprechen[4].

---

[1] Vgl. Sohm, Prozeß S. 31 ff., RuGV. S. 146 Anm. 1; Brunner, RG. II S. 448 Anm. 20; Geffcken S. 245 f.; Planitz S. 21 f. — A. M. v. Meibom S. 71 ff., Behrend, Festg. f. Heffter S. 72 f. und Horten I S. 34 ff., nach deren Lehre die Pfändung nur durch den Grafen erfolgen kann und überdies die Grafenpfändung stets das nexti chantigio voraussetzt.

[2] Vgl. oben S. 336 Anm. 1 unter 2.

[3] Oben S. 341 f.

[4] Vgl. Planitz S. 27 und S. 29. — S. 27 erklärt Planitz auch, daß das nexti chantigio »eine Zugriffsmacht des Gläubigers auf das Vermögen des Schuldners zur Folge hat«. Insofern deckt sich die Darstellung von Planitz mit unserer Auffassung, daß das nexti chantigio eine Pfändungserlaubnis sei (oben S. 341 f.). Planitz sieht aber noch viel mehr darin, und ebendieses Mehr halten wir für unrichtig: das nexti chantigio soll zwar keine »einfache Arrestverstrikung«, aber doch eine »Zwangsverstrickung« sein; es soll »eine relative Friedlosigkeit des Guts nach Volksrecht« zur Folge haben (Planitz S. 27). Gegen diesen letzten Satz wurden oben S. 340 schon die entscheidenden Gründe vorgebracht. Hier kommt ein neuer Grund hinzu, der zugleich gegen die Auffassung des nexti chantigio als

Auf die gerichtliche testatio folgt das im Gesetz beschriebene Verfahren, das in einer dreimaligen testatio[1] und solis collocatio vor dem Hause des Schuldners[2] besteht. Zwischen den einzelnen testationes und Solsadierungen soll eine Frist von je einer Woche[3] liegen. Mit jedem Male wächst die Schuld[4] um drei solidi.

Wenn der Schuldner dann noch nicht leistet, darf ihn der Gläubiger pfänden[5]. Erst jetzt ist der Schuldner befugt, einen Mangel in der materiellen Berechtigung des Gläubigers im Wege der Pfandwehr geltend zu machen und dadurch ein ordentliches Verfahren einzuleiten[6].

Jetzt läßt sich Herkunft und Wesen der Gläubigerpfändung der lex Salica mit Händen greifen:

Es erscheint in dem pfändenden Gläubiger der Vollmensch einer heroischen Zeit, dessen formgebundene Rechtsbehauptung den Thunginus

»Zwangsverstrickung« spricht: Hätte das nexti chantigio die von Planitz behauptete Wirkung wirklich, so wäre die testatio (trotz Planitz S. 30) überflüssig (vgl. unten S. 345 Anm. 1). Auch v. Meibom S. 73 gelangt zu keiner befriedigenden Auffassung des Verhältnisses zwischen dem nexti chantigio und der testatio.

[1] Das Gesetz gebraucht hier das Wort »testare« nicht; daß es sich dennoch um ein testare handelt, nehmen wir mit Sohm, Prozeß S. 30 unbedenklich an.

[2] Vgl. Sohm, Prozeß S. 29 f.; Planitz S. 29.

[3] Vgl. Sohm, Prozeß S. 30; Brunner, RG. II S. 448; Geffcken S. 196.

[4] Das debitum; der Schuldner konnte sich also nur unter schwereren Bedingungen von der Pfändung loskaufen. Daß der Gläubiger daher auch nicht mehr pfänden durfte, als das debitum und die 9 solidi ausmachten, nimmt Brunner, RG. II S. 450 an. Genau genommen sagt es aber das Gesetz nicht. Erst die Grafenpfändung in l. Sal. 50, 3 kennt ein precium adpreciare in der Vollstreckung. Für die älteste Pfändung ist die Höhe der Schuld gleichgültig. Vgl. oben S. 329 f.

[5] l. Sal. 75; vgl. oben S. 343 Anm. 1.

[6] l. Sal. 75; vgl. oben S. 337. Wenn der Gläubiger male, ohne materielle Berechtigung (Sohm, Prozeß S. 31), pfändet, so kann er kein Forderungsrecht verlieren. Darum ist das »debitum perdat« in l. Sal. 75 nur der Pfändung ohne testatio (per ignorantiam: oben S. 340 Anm. 5) oder ohne nexti chantigio gedroht. Aber auch in diesen beiden Fällen der nur aus formellen Gründen verbotenen Pfändung tritt die Buße und die Pflicht zur Rückgabe der Pfänder ein, wie es l. Sal. 75 verordnet. Dies ergibt sich mit Notwendigkeit aus dem similiter, das mit Hessels Cod. 2 hinter insuper einzufügen ist: Vgl. Planitz S. 21 f., bes. Anm. 5; Behrend, Festg. f. Heffter S. 72; Eliason S. 30 ff. — Sohm, Prozeß S. 31 gelangt zu einer abweichenden Auffassung, obgleich er das »similiter« gleichfalls in den Text aufnimmt. Daß Brunner dem similiter dieselbe Bedeutung beimißt wie wir, ergibt sich aus der Art, in der RG. II S. 448 Anm. 20 der Text des Gesetzes durch Gedankenstriche abgeteilt ist.

zur Erteilung der Pfändungserlaubnis zwingt; dessen feierlicher Ausspruch im mallus das Verfügungsrecht seines Widersachers lähmt; und der dann ohne Mitwirkung eines Beamten, nur von Zeugen begleitet, das Haus seines gasacio an drei durch je eine Woche getrennten Tagen belagert[1], bis er schließlich zur eigenmächtigen Pfändung verschreiten darf, wenn ihm nicht, wie wir vielleicht in diesem Rahmen ergänzen dürfen[2], der Gegner mit gezogenem Schwerte entgegentritt und sich der Pfändung erwehrt.

Bedarf es noch eines Wortes? Ist der geschilderte Vorgang nicht eine versteinerte Fehde? Eine vom Recht geregelte und zugleich (auf unblutige Handlungen) beschränkte Fehde?

Es zeigt sich, daß die Gläubigerpfändung der lex Salica nicht anders als die der übrigen Volksrechte zu beurteilen ist: Auch die Gläubigerpfändung der lex Salica ist eine Abspaltung der Fehde, das nexti chantigio lediglich richterliche Genehmigung, die hier so wenig wie bei der Gläubigerpfändung anderer Volksrechte[3] einen Einfluß auf das Wesen der Pfändung ausübt.

---

[1] So erklärt sich ganz von selbst das dreimalige Auswarten vor dem Hause des Schuldners. Unverständlich wäre es (trotz Planitz S. 30), weshalb der Gläubiger sich solche Umstände machen sollte, wenn das Gut des Schuldners durch das nexti chantigio ihm gegenüber friedlos gelegt wäre (vgl. oben S. 343 Anm. 4).

[2] Vgl. l. Rib. 32, 4.

[3] Vgl. Planitz S. 11.

Zur sächsischen Vollstreckungs-geschichte.

Von

Hans Planitz.

ZUM festbegründeten Bestand des rechtsgeschichtlichen Wissens gehört die Tatsache, daß die Fronung des fränkischen Reichsrechts in mittelalterlichen Rechten weiterwirkte. Es ist insbesondere absolut sicher, daß die Liegenschaftsvollstreckung Ostfalens [1] auf der Fronung beruht [2]; das zeigt das Recht des Sachsenspiegels [3], des braunschweigischen, hildesheimischen, goslarischen, halberstädtischen, magdeburgischen Stadtrechts [4] aufs deutlichste. Unter ihnen verdient das von Goslar besondere Beachtung. Nicht nur wegen der besonderen Bedeutung Goslars überhaupt [5], nicht nur wegen der eingehenden Regelung, die die Liegenschaftsvollstreckung in den goslarischen Statuten aus der Mitte des 14. Jahrhunderts gefunden hat [6]: die eigentümliche Gestalt des hier in Frage kommenden Rechtsinstituts, das den Namen Overhöre führt und außer gegen die Liegenschaft auch gegen die Person des Schuldners Wirkungen äußert, zwingt zu einer besonderen Untersuchung ihres Wesens und Werdens [7].

Erster Teil.

Die äußere Form der Overhöre.

1. Die Verhängung der Overhöre.

I. Die Overhöre des Goslarer Rechts ist ein Institut des Ungehorsamsverfahrens. Overhöre ist seiner Wortbedeutung nach das Über-

---

[1] Über die Abgrenzung vgl. Eckard Meister, Ostfäl. Gerichtsverfassung (1912) S. 3 f.

[2] Vgl. meine Vermögensvollstreckung I (1912) 143.

[3] Ssp. II 41 § 1, 2.

[4] Braunschweig Ottonisches Stadtr. 21 (UB. I 5). Hildesheim Stadtr. 1300 54 (UB. I 284). Goslar s. u. Für Halberstadt vgl. das mit Halberstädter Recht bewidmete Osterwiek 1353 32 (v. Grote 6). Magdeburg Rechtsw. für Breslau 1261 25 (Laband 17) usw.

[5] Neuestens hierüber Rosenstock, Königshaus und Stämme in Deutschland zwischen 911 und 1250 (1914) S. 338 ff.

[6] Die Goslarischen Statuten, hsg. von Göschen 1840, insbes. S. 52 ff. Im folgenden nur mit Seite und Zeile zitiert. — Über die Datierung vgl. Frölich, Die Gerichtsverfassung von Goslar im Mittelalter 1910 (Gierkes Unters. 103) S. 57 und dazu Heymann ZRG. G. 32 (1911) S. 496 und Rehme, Hans. GBl. 17 (1911) S. 388.

[7] Die Darstellung von Göschen selbst (S. 462 ff.) ist veraltet. Einzelnes noch bei Albrecht, Gewere (1828) S. 44 ff.; v. Meibom, Pfandrecht (1867) S. 106 f.;

hören [1], superaudicio [2], daher der Ungehorsam, contumacia. Overhörig ist sonach ursprünglich jeder, der ungehorsam ist, vor allem jeder, der im Prozesse einer prozessualen Rechtshandlung gegenüber ungehorsam ist [3]. In dieser Bedeutung kommt das Wort Overhöre auch noch im goslarischen Rechte des 13. Jahrhunderts vor [4]. Die Statuten aus der Mitte des 14. Jahrhunderts kennen Overhöre in diesem Wortsinn nicht mehr. In ihnen ist Overhöre immer ein rechtlich fest bestimmter Zustand einer Person, in den diese durch eine gerichtliche Handlung versetzt worden ist. Dabei werden Overhöre und Verfestung häufig in Parallele gebracht. Indessen ist diese Begriffswandlung leicht erklärlich; es handelt sich nur um die Übertragung der Bezeichnung für die Voraussetzungen auf die Wirkung. Weil Ungehorsam, Overhöre, die notwendige Voraussetzung dieser Wirkung ist, wird die Wirkung selbst als Overhöre bezeichnet. Overhöre nach dem Rechte der goslarischen Statuten ist sonach die rechtliche Folge prozessualischen Ungehorsams.

Die goslarischen Statuten sprechen dabei in erster Linie vom Fall des Ladungsungehorsams [5]. Dieser Ungehorsam ist vollendet, wenn

---

Planck, Deutsches Gerichtsverfahren II (1879) S. 249, 254, 275 ff.; Frensdorff bei Schiller-Lübben II S. 371 f.; Horten, Personalexekution I (1893) S. 201 f.

[1] Schiller-Lübben, Mnd. Wb. III 263; Lexer, Mhd. Wb. II 1627. — Abzuleiten von germ. *hauzjan,* ahd. *hôran,* ags. *hŷran, hêran,* afrs. *hêra, hôra* = hören. Kluge, Etymol. Wb.[7] (1909) 213; Schade, Ad. Wb.[2] 417.

[2] Das oferhyrnesse in Aethelstan II 20 (Liebermann 160) übersetzt eine Hs. des Quadripartitus mit: *id est superaudicionem* (das. 161). — Irrig ist also die Meinung von Horten, Personalexekution I S. 201, overhöre heiße *extra sermonem,* Kündigung in overhöre bedeute *missio in bannum.*

[3] So noch im niederländischen Recht; vgl. z. B. Dordrecht Keurb. 1401 No. 163 (Fruin I 53): so wie dit twee warf versate ende *overhorich waer den rechter.* — Entsprechend heißt es in Goslar 1219 12 (UB. I 409): nisi forte aliquis advocato civitatis *contumax* fuerit et rebellis —. 30 (das. 410).

[4] Das Recht der Krämer von 1281 (UB. II 307 f.) verfügt, daß ein Gildebruder den andern vor dem Meister verklagen soll. Nach dem Schuldzugeständnis findet zuletzt ein Gebot, nicht vom Gericht zu gehen, statt. Wenn dann der Schuldner *get van der stede unde uses meisteres bot nicht ne achtet, so schal use meister over en klagen, dat he ime si overhorich unde schal mit sik nemen de vir ratman unde andere use geldebrůdere, de he hebben mach; den schal he gebieden, dat se mit ime gan vor den voget unde vertugen den schuldigen umme de overhöre.*

[5] S. 52 Z. 3: *We vore boden wert* van deme scultechten oder van deme bodele oder wilköret vor to komende, *ne deyt he des nicht, he mot dar umme wedden unde dene mach men in overhöre bringhen.* Ebenso S. 64 Z. 30. Vgl. S. 52 Z. 26, 53 Z. 16, 65 Z. 15, 75 Z. 22.

der Beklagte auf die dritte ordnungsgemäße Ladung hin ungehorsam ausblieb[1]. Indessen ist mit dem ungehorsamen Ausbleiben des Beklagten zwar der Gewetteanspruch des Richters endgültig erwachsen[2], aber wegen der Schuld ist eine Kontumazialfolge nicht eingetreten[3]. Der Beklagte kann auch jetzt noch vor Gericht kommen und seine Schuld bestreiten; Voraussetzung ist nur, daß er die Buße bezahlt. Aber eine Einschränkung besteht allerdings. Der Kläger soll nämlich nach dem Urteil sich vom Vogt den Schultheiß oder den Büttel erbitten[4]; dieser soll mit dem Kläger sich zur Wohnung des Beklagten begeben und ihm dort vor mindestens zwei Zeugen erklären, er sei vom Kläger wegen einer (näher zu bezeichnenden) Schuld beklagt, und dieser wolle ihn in Overhöre bringen; wenn er seine Schuldpflicht bestreiten wolle, stehe ihm dafür noch eine vierzehntägige Frist zur Verfügung[5]. Der Vogt muß dem Beklagten zum Erscheinen im Gericht

---

[1] Es wird zwar nirgendwo ausdrücklich von drei Ladungen gesprochen. Indessen ergibt der Satz, der Grundgesessene brauche erst am dritten Gerichtstage zu antworten, S. 72 Z. 34, Z. 38, vgl. S. 53 Z. 13, Z. 23 *(gan uppe sine dre daghe,* vgl. auch Vermögensvollstreckung I 109 Anm. 30), daß dreimalige Ladung erforderlich war. So auch das Recht des Forstdings auf dem Harz zu Goslar (15. Jahrh. M.) 12 (Grimm III 267). Endlich im Goslarer Rechtsschreiben an Quedlinburg 13. Jahrh. 1. H. (Quedlinb. UB. I 65): *vocatus in jus absque gravamine vachationi duabus vocationibus potest supersedere, ad tertiam tenetur ocurrere.*

[2] S. 52 Z. 3 oben S. 350 Anm. 5. Vgl. S. 110 Z. 28, S. 64 Z. 33.

[3] A. A. Planck II 275, dessen Ausführungen S. 276 indessen ihn selbst widerlegen. Auch seine Erklärung, daß die Verurteilung zunächst eine provisorische, nach Ablauf der vierzehntägigen Frist aber eine definitive sei, ist falsch: wegen der Buße ist die Verurteilung endgültig, wegen der Schuld ist überhaupt keine eingetreten.

[4] S. 52 Z. 26: Worde en vore boden umme scult, de nicht vore queme, dene mochte men in overhöre bringhen umme de scult; *so scolde de kleghere den voghet bidden, dat he den scultheten oder senne bodel mit eme senden wolde to deme beklagheden manne van siner weghene, de eme kündeghede, of he der scult sek icht ledighen welde.*

[5] S. 52 S. 35: *(der sculthete oder de bodel) scal eme dar beden to huse unde to hove, dat he beklaghet si van deme manne um also vele scult (de scult scolde men dar benömen): dar welde men ene in overhöre umme bringhen. Welde he sek der scult ledeghen al oder en del, dat scolde he don binnen den neysten verteyn nachten.* Nicht der Kläger, sondern die Gerichtsperson hat die Erklärung abzugeben; falsch Göschen 465. Vgl. auch S. 56 Z. 20: *Welde en enne in overhöre kündighen laten unde lete de den schulteten sin antworde beden —.*

Geleit geben; das ist schon dann nötig, wenn der Beklagte auch nur einen Teil zugestehen und wegen dieses Schuldbetrags in Overhöre bleiben will[1]. Nutzt der Beklagte auch diese Frist nicht aus, so ist ihm das Schuldbestreiten für die Zukunft versagt für den Fall, daß er während der Overhöre festgenommen wird und nicht echte Not beweisen kann[2]. Dem Beklagten bleibt also grundsätzlich während der ganzen Overhörezeit das Recht, freiwillig vor Gericht zu kommen und seine Schuldpflicht zu verneinen[3]. Praktisch war freilich diese Möglichkeit beschränkt, weil der Nichtansässige stets und der Grundansässige jedenfalls dann des Geleites bedurfte, wenn die Schuldpflicht auch nur zum Teil bestand. Dennoch bleibt der Grundsatz: wenn der Beklagte freiwillig sich vor Gericht stellt und antwortet, so steht er bezüglich seiner Schuldpflicht in genau der gleichen prozessualen Lage wie vor der Verhängung der Overhöre. Die Kontumazialfolgen erfassen noch nicht die Schuldpflicht. Im Kontumazialverfahren wird durch das Urteil nur der Ungehorsam des Beklagten bestraft, nicht die Schuld zur Feststellung gebracht[4]. Der Wegfall des Schuldbestreitungsrechts für den festgenommenen Overhörigen bildet keine Ausnahme von diesem Prinzipe: er ist Rechtsfolge nicht des Urteils, sondern der außerprozessualen Fristsetzung[5].

---

[1] S. 52 Z. 39: *dar scolde ene de voghet to velighen of he des bedorfte, dat he sek des untsculdeghede unde velich weder to hus vor anderer klaghe of he desser scult en del bekende dar he de overhöre umme liden welde.* Auch der Grundangesessene braucht dann Geleit, weil die drei Gerichtstage verstrichen sind, an denen er auf Grund seines Grundeigentums vor Gericht hätte gehen können.

[2] S. 53 Z. 2: *untsculdeghede he sek der benömden scult nicht binnen desser tid, so ne mochte he sek derna nicht untsculdighen, of he dar umme in overhöre upgheholden worde, et ne beneme eme echte not, dat he nicht vore komen möchte, de he bewisde alse recht is.* — War er bei der Fristsetzung nicht zu Haus, so muß er binnen 14 Tagen nach Rückkehr vor Gericht kommen, S. 53 Z. 6.

[3] Planck II 276.

[4] Vgl. dazu Vermögensvollstreckung I 414 f.

[5] Diese ist entwicklungsgeschichtlich auf die Bestrebungen, den säumigen Schuldner zu schützen, zurückzuführen; vgl. Vermögensvollstreckung I 431 ff. Der Ausgangspunkt liegt vielmehr in dem Satze, den noch das Goslarer Verfestungsrecht festgehalten hat: *We uppe ene de veste bringhen mach, de hevet ene der scult vorwunnen, dar he umme vorvestet is, of he in der veste begrepen wert,* S. 59 Z. 14.

2. Neben der Overhöre auf Grund des Ladungsungehorsams erwähnen die Statuten nur noch den Fall der Dingflucht. Dieser ist gegeben, wenn der vor Gericht erschienene Beklagte in den Formen des Prozesses angesprochen wurde, sodann aber vom Gericht ging, ohne hierzu berechtigt zu sein[1]. Der Kläger konnte dann entweder wegen der handhaften Dingflucht das Gerüfte erheben und die Verfestung des Beklagten erwirken[2]. Oder er konnte auf die Erhebung des Gerüftes verzichten; dann war es nur möglich, den Beklagten in Overhöre, nicht dagegen ihn in Verfestung zu bringen[3]. So singulär der Fall der Dingflucht erscheinen will, so werden doch in Wahrheit zahlreiche prozessuale Eventualitäten, bei denen ein Ungehorsamszwang gegen den Beklagten in Frage kommen konnte, von ihr umfaßt. Das stimmt mit der Erwägung überein, daß die Overhöre offenbar ein weites Anwendungsgebiet gehabt haben, ja das häufigste Zwangsmittel des Ungehorsamsverfahrens in Schuldsachen nach Goslarer Recht gewesen sein muß. Dafür spricht vor allem ihre überaus eingehende rechtliche Ausgestaltung in den Statuten, weiter die hin und wieder hervortretende Anschauung, daß die Overhöre prozessualische Ungehorsamsfolge κατ' ἐξοχὴν sei. So bestimmt das Goslarer Statut von 1290, daß der Vogt pro contumaciis diversis das Verlassen oder Betreten des eigenen Hauses untersagen könne[4]. So wird weiter von den Statuten die Overhöre ausdrücklich verweigert nach prozessualem Schuldanerkenntnis wie nach Urteil, das auf kontradiktorische Verhandlung hin erlassen

---

[1] Vgl. Planck II 315.

[2] S. 62 Z. 10, S. 75 Z. 9: *Wert en bedingstadelet unde gheyt van gerichte, er he to rechte gan möte, de kleghere scal im dat röchte na ropen drye, dat it de horen, de dar bi sin: so mach he ine vorvesten*, S. 75 Z. 12, 15. Verfestung ist ausschließliche Folge der Dingflucht nach dem Meißener Rechtsbuch III 15 d. 4 (Ortloff I 165). Vgl. dazu Vermögensvollstreckung I 92 Anm. 7; dort auch weitere Belege.

[3] S. 75 Z. 15: *Wer vor gherichte bedingstadelt is, gheyt de van gherichte, er he to rechte gan möghe, — ne heft — ene de kleghere nicht bescryet, so mach men ene in overhöre bringhen unde nicht vorvesten.*

[4] UB. II 417. — Andererseits sagt der dem Ende des 14. Jahrh. angehörende Aufsatz über das Schultheißenamt ganz allgemein: *We der schulteten richte versmadet eder vor syneme gerichte brikt, de weddet deme schulteten veer keyserschillinge unde dene mach me vervolgen mit der overhöre under der lövene —.*

wurde, wenn der Prozeßgegenstand eine verbriefte Schuld ist[1]. Danach scheint der Schluß zulässig, daß beide Prozeßarten die Overhöre zur Folge haben müßten, wenn eine gewöhnliche Schuld dem Prozesse zugrunde liegt. Das wäre indessen in dieser Allgemeinheit für das Goslarer Recht ein Fehlschluß. Vielmehr steht folgendes fest. Ist der Beklagte nach kontradiktorischer Verhandlung zur Zahlung verurteilt worden, so muß er sofort bezahlen; sonst wird er dem Kläger in Schuldhaft überantwortet[2]. Dem Urteil folgen also sogleich die Zahlungsgebote[3]; dem Ungehorsam gegen sie folgt die Übergabe in die Schuldhaft[4]. Dieses Prinzip erleidet indessen eine Ausnahme für den Fall, daß der Beklagte zu den Grundeigentümern gehört und das Urteil vor dem dritten Prozeßtage erlassen wurde: dann kann er unter Berufung auf sein Grundeigentum trotz des Urteils vom Gerichte gehen[5]. Hier bleibt also, da der Beklagte naturgemäß nicht am dritten Prozeßtag vor Gericht kommen wird, weil er die Übergabe in Schuldhaft befürchten muß, nur die Kündigung in Overhöre übrig. Diese erfolgt unmittelbar auf Grund des Ungehorsams gegen die vorausgehenden Zahlungsgebote[6]. Und das gilt in gleicher Weise, wenn ein prozessuales

---

[1] S. 72 Z. 1: *Is en man scult sculdich, dar he sinen bref up ghift, oder dat de voghet beseghelet, dat he der scult bekant hebbe in richtes stat, wert he na dar umme sculdighet unde bekant he sines breves oder wert he des vortüghet mit des voghedes breve unde mit dinghlüden, vor de scult ne mach he nicht inne sitten.* Daß es sich um ordentlichen Prozeß, nicht um Exekutivprozeß handelt (so v. Meibom S. 49), bedarf keines Beweises.

[2] S. 70 Z. 20, S. 97 Z. 16: *We up den anderen scult beholt vor gherichte up den hilleghen oder mit tüghe irwerft, dat scal men bereden stander stede, oder men sal dene dar vore deme kleghere antwarden, up dene de scult beholden is.*

[3] Vermögensvollstreckung I 116 ff., insbes. 119 ff.

[4] Vgl. das Zwickauer Stadtrechtsbuch 1348 (Hs. im Zwickauer Stadtarchiv fol. 61): *Wirt einer einem mit vrteilen geantwort —.*

[5] S. 72 Z. 34: *Uppe en hus, dat enne hof hevet unde unbekomeret is unde dar ok nicht af ne gheyt denne de wortpennighe, dar mach men de ersten unde de anderen klaghe van gherichte up gan, de didden aver nicht.* Vgl. S. 72 Z. 38, S. 53 Z. 13. Daß auch der Fall der Prozeßbeendigung durch Urteil mit ins Auge gefaßt ist, ergibt S. 53 Z. 23, wonach für den overhörigen Grundeigentümer, der im Prozeß antworten will, die Freiheit, das Gericht zu verlassen, nicht bestehen soll. Vgl. auch Planck II 246. Gegen Göschens (478) Meinung, es handle sich bei den drei Tagen um die Frist von Jahr und Tag, vgl. Planck I 354.

[6] Deutlicher als das Goslarer Recht sagt das Osterwieker Stadtr. 1353 32 (v. Grote 6): *Eynem manne deme vol volghet is also verne mit rechten ordelen, dat*

Schuldanerkenntnis des grundangesessenen Beklagten erfolgt; der Beklagte kann das Gericht verlassen [1], indem ihm ein Gebot des Richters befristete [2] Zahlung auferlegt. Zahlt er nicht zur rechten Zeit, so folgen die weiteren Gebote, deren Übertretung die Overhöre nach sich zieht [3].

Anders liegt die Sache, wenn der Beklagte nicht zu den Grundeigentümern gehört. Wird er verurteilt, so muß er unbedingt sofort zahlen, sonst erfolgt seine Übertragung in Schuldhaft [4]. Erkennt er dagegen seine Schuldpflicht an, so wird ihm Zahlung in gesetzlicher Frist geboten, doch muß er einen Bürgen bestellen [5]. Durch die Bürgenstellung befreit er sich so weit, daß er vorläufig vom Gericht gehen kann; indessen hat der Bürge das Recht und die Pflicht, ihn nach Ablauf der Zahlungsfrist wieder vor Gericht zu stellen [6], worauf die Übergabe in Schuldhaft folgt. Kann er dagegen keinen Bürgen stellen, so wird er entweder in gerichtliche Vorhaft genommen und nach Ablauf der Zahlungsfrist dem Kläger überantwortet [7] oder aber, was zweifelhaft ist, dem Kläger sofort überantwortet [8]. Der nicht grundansässige Beklagte kann sich also regelmäßig vor der Schuldhaft nur durch die Dingflucht retten, und darin liegt, obwohl für ihn ja auch die Gefahr einer eventuellen Verfestung damit verknüpft ist, ihre große praktische Bedeutung [9].

---

men ome de were besteken sol. — Die Ankündigung der Overhöre hat nur Bedeutung für den Fall des Ladungsungehorsams, S. 52 Z. 26; vgl. oben S. 351 f.

[1] Einigung 1290 (UB. II 418): *Si quis homo residens, habens domum propriam, pro debitis, quantis sint, coram juditio incusatus fuerit, ipse super tres dies suos de fassis debitis ire potest.*

[2] Das folgt für Goslar aus S. 89 Z. 22.

[3] Die Gebote werden im Magdeburger Rechtsweistum für Breslau 1261 25 (Laband 17) ausdrücklich als Voraussetzung von Fronung und Metebann nach Schuldbekenntnis erwähnt.

[4] S. 70 Z. 20.

[5] Vgl. S. 89 Z. 22: *Borghet en enne vor ghērichte vor scult, der he bekant heft* —.

[6] Davon handelt S. 89 Z. 13, 15, 22; S. 58 Z. 30, 38.

[7] Vgl. dazu Planck II 262.

[8] Vgl. dazu Osterwiek 1353 14 (v. Grote 4): *Wert en man deme anderen antwordet vor gherichte umme scult, dar he bekant hevet.* — Deutlicher noch Zwickau Stadtrechtsbuch 1348 (23, 5) (fol. 60b der Zwickauer Hs.): *Bekennit ouch ein man vor den vier benken einer sache, ob es schult ist, hat er denne nicht bürgen, so antworte man in mit der hant dem cleger.*

[9] Sie veranschaulicht deutlich ein Hallenser Schöffenspruch von 1388: *Do wart C. geboden, he scholde siner suster S. ören del volgen laten und wedder*

Diese zeigt sich insbesondere auch darin, daß im Goslarer Krämergericht das Gebot des Richters die Form angenommen hat:

ik gebiede de van der gewalt, de ik hebbe van dem vogede, dat du van desser stede nicht ne gast, et ne si min wille und des sakweldigen[1].

Die Voraussetzungen der Overhöre sind sonach verschieden, je nachdem der Beklagte Grundeigentümer ist oder nicht. Gegen den Nichtansässigen kann sie nur bei Ladungsungehorsam und Dingflucht, gegen den Ansässigen auch nach Urteil und prozessualem Schuldanerkenntnis ausgesprochen werden. Gemeinsam ist aber allen Verfahren, daß sie Ungehorsamsverfahren sind, in denen ein richterlicher Gewetteanspruch erwächst. Gemeinsam ist ihnen allen weiter, daß mit ihrer Beendigung der Beklagte noch nicht in den Zustand der Overhöre gekommen ist: es bedarf einer formellen Verhängung[2].

II. Die Overhöre wird in zwei formellen Handlungen verhängt.

1. Die eine ist das Bekreuzigen des Hauses. Auf den Antrag des Klägers befiehlt der Vogt[3] seinem Büttel, dem Beklagten ein Kreuz auf das Haus zu stecken. Bekreuzigt wird dasjenige Haus, in dem der Beklagte zu wohnen pflegt[4]. Es ist also keine Voraussetzung, daß der Beklagte ein eigenes Haus besitzt[5]. Maßgebend ist nur, daß er in einem bestimmten Hause auf die Dauer wohnhaft ist. Folgerichtig gibt es nur zwei Fälle, in denen von der Bekreuzigung abgesehen werden muß.

---

geven by 14 nachten und scholde ome dat vorborgen; dat ward eme geboden von gerichtes wegene, do karde sich C. umme und gink wech vnd wart dynkflychtich.

[1] Recht der Krämer 1281 (UB. II 308).

[2] Vgl. S. 52 Z. 11: nach der formellen Verhängung *mach he ene upholden unde nicht er.* Die Ankündigung, S. 52 Z. 26 ff., vgl. oben S. 351 Anm. 4, gehört ausschließlich dem Ladungsungehorsamsverfahren an, wird also von Göschen S. 465 an falscher Stelle behandelt.

[3] Das Osterwieker Stadtr. 1353 32 (v. Grote 6) stellt fest, daß die Bekreuzigung *uz enem hegeden dinge* zu erfolgen habe.

[4] S. 52 Z. 6: *We enne in overhöre bringhen wel, de scal dene voghet bidden, dat he sin bodel hete, dat he deme dat crüse up dat hus steke, dar he pleghet to wonende.* Z. 16: *Welk man in den richten over deme watere oder up deme hove nicht vore ne kumt, alse he to rechte scal, dene scal men in deme richte becrüzeghen, dar he nicht vore komen ne is, of he dar inne wonhaftich is.* Über das Gericht über dem Wasser, auf dem Hofe vgl. Frölich S. 33 ff., insbes. S. 39 ff.; auch Zülzer in Z. Harz Ver. 42 (1910) S. 151 f.

[5] Göschen 462, Planck II 276.

Einmal wenn der Beklagte nicht im Bezirke des Overhöregerichts, sondern in einem anderen Gerichtsbezirke Goslars seine Wohnung hat[1]. Und sodann, wenn der Beklagte überhaupt keine dauernde Wohnung in Goslar hat, sondern ein Gast ist[2]. In allen anderen Fällen ist die Overhöre durch Bekreuzigen des Wohnhauses des Beklagten kenntlich zu machen. Zur Sicherung des Beweises der rechtmäßig vom Büttel vorgenommenen Bekreuzigung hat dieser zwei Zeugen, in erster Linie Nachbarn des Beklagten, hinzuzuziehen[3].

2. Die andere formelle Handlung ist das Kündigen in Overhöre. Sie hat auf Antrag des Klägers, seines Vertreters[4] oder seines Verwandten durch eine Erklärung des Richters[5] unter Zuziehung von Zeugen[6] zu erfolgen. Wird die Overhöre im großen Gericht verhängt, so erfolgt die Kündigung, sobald die Gerichtsglocke geläutet worden ist, unter der Rathauslaube[7], d. h. an der gewöhnlichen Gerichtsstätte des Vogtes[8]; in der kleinen Vogtei wird die Overhöre vor der Dingbank verkündigt[9].

---

[1] S. 52 Z. 12: *Wel men enne in overhöre bringhen in dem groten ghérichte, de dar inne nicht ne wonet, dene ne darf men nicht becrücighen laten.* S. 52 Z. 16 oben S. 356 Anm. 4 fährt fort: *ne wonet he aver in dem richte nicht, dar he weygheret vore to komende, so ne darf men ene nicht becrücighen.*

[2] S. 52 Z. 23: *Enne gast de ne darf men nicht becrücighen laten.*

[3] S. 52 Z. 6 oben S. 356 Anm. 4 fährt fort: *dar scal he twene neybere oder andere gude lüde twene to nemen.* — Die Stelle zieht Göschen 466 fälschlich zum Kündigen in Overhöre. Daß unsere Auslegung zutrifft, ergibt nicht nur der Wortlaut, sondern auch folgende Parallelstelle aus dem Rechte des mit Halberstädter Recht bewidmeten Osterwiek: 1353 32 (v. Grote 6): *dar scal de richtere to nemen burghere unde de neybere boven unde beneden unde scal en cruze steken boven de dore.*

[4] Dazu vgl. Planck I 192.

[5] Also durch den Vogt (den großen oder den kleinen Vogt). Der Schultheiß hat die Kündigung vorzunehmen erst seit dem Ausgange des 14. Jahrhunderts, seitdem ihm der Vorsitz im echten Dinge zugefallen ist, und auch nur soweit die Overhöre in diesem Gerichte verhängt wird, a. A. Göschen 466. Doch ist die Aufzeichnung über das Schultheißenamt, auf die sich Göschen stützt, erst an das Ende des 14. Jahrhunderts zu setzen; vgl. Frölich 108, dazu 75 ff.

[6] S. 52 Z. 14, Z. 22: *mit witscap.*

[7] S. 52 Z. 6 oben Anm. 3 fährt fort: *unde scal ine under der löven, alse men de klocken lut, in overhöre kündighen laten, he oder sin bode oder en sin vrunt.* S. 52 Z. 12 oben Anm. 1 fährt fort: *mer under der löven scal men ene mit witscap in overhöre kündighen, alse men de klocken heft ghelut.*

[8] Frölich 94.

[9] S. 52 Z. 16 oben Anm. 1; danach soll man *vor der dingbank ine in overhöre kündighen;* vgl. Z. 21: *vor der dingbank mit witscap scal men ene in overhöre kündighen.*

Die Kündigung hat regelmäßig im unmittelbaren Anschluß an das Bekreuzigen des Hauses zu erfolgen[1]. Nur wenn der Beklagte im Bezirke des Overhöregerichts keine dauernde Wohnstätte hat, die Bekreuzigung sonach wegfallen muß[2], ist die Verkündigung der Overhöre die einzige Form ihrer Kenntlichmachung.

2. Die Wirkungen der Overhöre.

Auf Grund dieser zwei Formalhandlungen treten gegen den Beklagten zwei verschiedenartige Wirkungen ein: die eine ergreift seine Person, die andere das bekreuzigte Haus.

I. Die Wirkung der Kündigung in Overhöre auf die Person wird von den Statuten dahin zusammengefaßt:

so mach he ene upholden unde nicht er[3].

1. Die wichtigste Wirkung der Overhöre ist also die Zulässigkeit der Festnahme des Overhörigen[4]. Und zwar ist es in erster Linie der Kläger selbst, der zur Festnahme berechtigt ist[5]. Der Kläger kann den Overhörigen allein festnehmen, ohne dabei den Vogt oder dessen Knechte zuziehen zu müssen[6]. Er kann sich dabei der Hilfe jedes Dritten bedienen[7]. Ja ohne den Kläger selbst können seine Hausgenossen, sogar das Gesinde, das in seinem Brote ist, die Festnahme ausführen[8]. Andererseits sind aber auch der Vogt und seine Knechte[9] verpflichtet, den Overhörigen festzunehmen, selbst wenn der Kläger nicht zugegen ist[10], also auch wenn der Kläger nicht zur Festnahme des angetroffenen Overhörigen aufgefordert hat. Und endlich soll der

[1] S. 52 Z. 6.

[2] Oben S. 357 Anm. 1 u. 2.

[3] S. 52 Z. 11, Z. 25.

[4] So schon Albrecht, Gewere 49.

[5] S. 52 Z. 11, Z. 25.

[6] S. 54 Z. 3: *En mach sinen overhörigen man wol upholden, al ne si de voghet oder sin ghesinde nicht bi eme.*

[7] S. 54 Z. 1: *En mach deme anderen sinen overhörigen man wol helpen upholden.*

[8] S. 54 Z 5: *Enes brodede ghesinde mach eme sinen overhörighen man wol upholden.* Das gilt natürlich um so mehr von den übrigen Hausgenossen.

[9] Nach einer Goslarer Ratsverordnung des 15. Jahrhunderts (Z. Harz V. 42 130) soll auch der *vronebode overhorige lude helpen upholden.*

[10] S. 53 Z. 43: *De voghet oder sine knechte scolen overhörighe lüde upholden, al ne si de sakwolde dar nicht bi.* Vgl. S. 54 Z. 7, Z. 10.

Rat dann helfen, wenn die Festnahme des Overhörigen nicht möglich ist[1].

Die Festnahme hat mit voller Schonung der Person des Overhörigen zu erfolgen; er darf nicht verletzt werden. Verletzt ihn der Kläger bei der Festnahme, so muß er dem Overhörigen deshalb Antwort stehen[2]. Völlig anders wird die Rechtslage, wenn sich der Overhörige mit Gewalt der Festnahme zu erwehren sucht. Der Kläger hat dann in handhafter Tat der Festnahmeweigerung das Gerüfte zu erheben; es liegt handhafter Friedensbruch vor[3], der den Kläger zur Anwendung jedweder Gewalt berechtigt[4]. Aber auch wenn es dem Overhörigen durch gewalttätigen Widerstand gelungen ist, dem Kläger zu entkommen, ist seine Rechtslage damit verändert; er verliert den Frieden in Haus und Hof, Kirche und Kirchhof, wenn der Kläger ihn der Tat überführen kann[5] oder wenn er selbst es unterläßt, den Unschuldseid zu leisten[6]. Der Vogt und eventuell der Rat sind verpflichtet, dem Kläger zu helfen, damit der Overhörige festgenommen wird, wo man ihn auch immer antrifft[7].

---

[1] S. 55 Z. 25.

[2] S. 53 Z. 35: *Helde en senne overhörighen man up, de sek des nicht ne werede unde mit willen mit eme ghinghe, wundede oder slöge he dene dar en boven dor vrevel oder dor hat, dar scolde he umme antworden alse recht is, of men dat eschet.*

[3] S. 55 Z. 16: *Wel en senne overhörighen man upholden, unde weret sek des de overhörighe man also dat he ene steke oder houwe, so rope he dat gheröchte unde were sek der vredebrake unde holde ene nochten up of he möghe.* Weiter Z. 33: *Wörde he ok in hanthaftigher dat upgheholden —.*

[4] S. 56 Z. 1. Kann der Kläger beweisen, *dat de overhörighe man sek to were ghesat hedde mit unvoghe, mit swerde oder mit messede, unde iene dat gheröchte ropen hedde unde ene denne ghewundet oder gheslaghen hedde, dar ne dochte he nene not umme liden.*

[5] S. 55 Z. 16 Anm. 3 fährt fort: *undkumt he eme wol, unde mach he betüghen mit twen bederven mannen de dat röchte ghehört hebben unde de vredebrake ghesehn hebben van deme overhörighen manne, de he an eme ghedan hebbe, so ne scal de overhörighe man nenne vrede hebben in huse, in hove, in kerken oder kerkhoven.* Dazu unten S. 361.

[6] S. 55 Z. 26: *Kumt he ok en wech unde ne mach ene de kleghere nicht der vredebrake vortüghen, — so untsculdeghet he sek wol — wunden, wartscare oder vredebrake, alse recht is. Dar scolde one de voghet to velighen, dat he sek dere unsculdighede. Ne welde he aver darvore nicht antwarden, wanne he beklaghet were, so ne hedde he aver nenne vrede in huse, in hove, in kerken oder kerkhoven.*

[7] S. 55 Z. 23.

Solange der Overhörige seine Rechtslage nicht in dieser Weise verändert hat, ist er keineswegs überall der Festnahme ausgesetzt. Unbedingt ist seine Festnahme nur zulässig, wenn er sich auf der Straße betreten läßt[1] oder im Wirtshause[2] in der Zeit, während deren dort kein Hausfriede herrscht[3]. Nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen ist er auch dort vor der Festnahme sicher. So vor allem, wenn dem Overhörigen in dieser Zeit ein besonderer Friede gegeben ist: Festnahme in wissentlichem Verstoß gegen diese Friedenserteilung ist Friedensbruch[4]. So weiter, wenn der Overhörige seiner Pflicht gemäß auf das Sturmgeläut zur Stadtverteidigung oder zur Feuerbekämpfung kommt oder von da nach seiner Wohnung zurückkehrt[5]. Ist er auf der Straße und im Wirtshause also in der Regel der Festnahme ausgesetzt, so hat er umgekehrt an bestimmten Orten regelmäßig Frieden. Nur ordnungspolizeilichen Inhalts scheint die Vorschrift zu sein, daß er an einem Ort, wo eine größere Zahl von Menschen zum Tanz zusammengekommen sind[6], nicht festgenommen werden kann; sie ist ohne grund-

---

[1] S. 50 Z. 31, wonach man den Overhörigen im Wirtshause *upholden* kann *liker wis alse in der ghemeynen straten.*

[2] S. 50 Z. 31: *In berhusen, dar ber veyle is to deme tappen, dar de rode steket, dar mach men — overhörige lüde wol upholden binnen den ver wenden unde vor deme tappen.* S. 61 Z. 37, S. 51 Z. 29, 31, S. 60 Z. 5.

[3] S. 51 Z. 13: *De wile de rode to deme berhuse steket oder dat vat oder de trül vor deme veylen tappen steyt unde dat mat, so ne is dar binnen den ver wenden noch vor deme tappen nen husvrede. In anderen steden des huses heft men husvrede; unde des avendes, alse de geste sin ghegan unde men de döre to slut, so is dar husvrede.* Vgl. S. 51 Z. 18, 21.

[4] S. 54 Z. 24: *Holt en enne overhörighen man up in deme vrede, de ime ghegheven oder ghekündighet is, de mot sich des untscüldighen uppe den hilleghen, dat he des nicht ne wiste, dat he vrede hadde.* Sonst *is dat en vredebrake.* Dahin gehört einmal das *veliġhen* durch den Rat, S. 54 Z. 22, weiter das *up en hus gan*, S. 53 Z. 10, 13, endlich auch generelle Friedenserteilungen, wie sie in Goslar z. B. in den Jahrmarktsansagen vorkommen, vgl. die von 1429 (Z. Harz V. 42 76): *Overhörige hebben de tyd, doch vorvestete lude unde des Rades echtere enschullen neynen frede hebben.* 1444 (*das.* 77). Vgl. auch die Harzer Bergordnung 1271 27 (Gosl. UB. II 219).

[5] S. 65 Z. 21: *Wanne men to storme lut, dat men vor de dör to der were komen scal, dar ne scal men up der reyse ut noch in nenne overhörighen man upholden —, oder alse men to storme lut to vüre to komende.*

[6] Vgl. Meißener Rechtsb. IV 21, 18 (Ortloff I 220): *Wer tancz in einem huse, ob hochezit darinne sy oder ein gemein uzgeleit tancz erber lüte —.*

säßliche Bedeutung[1]. Daß der Overhörige weiter in der Kirche und auf dem Kirchhofe Frieden hat[2], folgt aus der Asyleigenschaft dieser Orte[3]. So bleibt der Erklärung bedürftig nur noch der Saß:

en overhörich man heft uppe siner were, dar he wonet, vrede sine rechten tyd[4].

Der Overhörige hat während einer rechtlich bestimmten Zeit Frieden in dem Hause, in dem er wohnt. Bleibt er während dieser Zeit im Hause, so ist er vor der Festnahme sicher. Die Höchstdauer dieses Friedens ist die Frist von Jahr und Tag; nach der Frist von Jahr und Tag bemächtigt sich der Vogt des bekreuzigten Hauses[5]. Diese Frist wird nur dem Overhörigen zugute gekommen sein, der Eigentümer des von ihm bewohnten Hauses war. Wohnte er dagegen nur zur Miete[6], so mußte der Vermieter ihn nach Ablauf der Mietszeit aus dem Hause weisen, wenn er nicht sein Haus konfiszieren lassen wollte[7]. Aus demselben Grunde konnte auch dem overhörigen Hauskind[8], dem overhörigen Gesinde[9] nicht während der ganzen Frist von Jahr und Tag der Aufenthalt in dem bekreuzigten Hause gestattet werden.

Ist sonach der Friede im Hause jedem, wenn auch zeitlich befristet,

---

[1] S. 54 Z. 16: *Wur danz is, — nenne overhörighen man mach men dar upholden.* Der Grund hierfür liegt annehmbar darin, *daz erger ufflofte werden vormiden von der menige der lute und frowen und iuncfrowen geschonet werden,* Meißener Rechtsbuch a. O.

[2] S. 54 Z. 20: *Up deme kerchove noch in der kerken scal men nenne overhörighen man upholden.* Der Friede geht verloren für den Overhörigen, der sich der Festnahme gewaltsam geweigert hat, S. 55 Z. 16, vgl. oben S. 359.

[3] Vgl. insbesondere Frauenstädt, Blutrache und Totschlagsühne (1881) S. 54 f. Für Goslar vgl. Schiller, Bürgerschaft und Geistlichkeit in Goslar 1912 (Kirchenrechtl. Abhandlungen, hsg. von Stuß Heft 77) S. 194 f.

[4] S. 51 Z. 31, S. 60 Z. 5. — Der Friede geht verloren durch gewaltsame Festnahmeweigerung, S. 55 Z. 16.

[5] S. 53 Z. 31: *Of en up en hus iar unde dach hevet ghegan in overhöre, des huses scal sich de voghet underwinden.*

[6] Der Mieter hat im Mietshause Hausfrieden, S. 51 Z. 24.

[7] Das ergibt sich klar aus dem Wortlaut von S. 52 Z. 6 und S. 53 Z. 31. Im Erfolge entspricht also regelmäßig der für den Verfesteten geltende Saß: *Ist ok sin medinghe, dar blift he inne sine tid siner medinghe.* Falsch ist es aber, wenn Planck II 276 diesen Satz des Verfestungsrechts unmittelbar auf das Recht der Overhöre anwendet.

[8] Anders nach Goslarer Verfestungsrecht, S. 60 Z. 16. Vgl. aber Meißener Rechtsb. IV 21, 20 (Ortloff I 220).

[9] Vgl. auch den Verfestungssaß S. 60 Z. 12.

gegeben, der in Goslar dauernden Wohnsitz hat, so ist doch andererseits dieser Friede beschränkt eben auf das Haus, in dem der Overhörige dauernd wohnt. Er hat Friede nur uppe siner were, dar he wonet[1], wie auch zur Kenntlichmachung der Overhöre bekreuzigt wurde das Haus, dar he pleghet to wonende[2], in dem er wonhaftich is[3]. Befindet sich der Overhörige nur vorübergehend in dem Hause eines anderen, so darf er unter Berücksichtigung des Hausfriedensrechts[4] dort festgenommen werden, also nicht, wie im Schankzimmer, durch den Kläger selbst, sondern durch den Vogt mit Bewilligung des Rates[5]. Das muß aber auch gelten, wenn der Overhörige sich mit der Absicht, dauernd da wohnen zu wollen, in ein anderes Haus begibt. Denn nach dem klaren Wortlaut der Quellen soll der Overhörige Frieden nur haben dort, wo er wohnte, als die Overhöre verhängt wurde[6].

Der Overhörige ist vor der Festnahme sicher nur in dem von ihm bewohnten Hause und nur innerhalb der Höchstfrist von Jahr und Tag, die regelmäßig nur dem Grundeigentümer zugute gekommen sein kann. Aber auch während der Overhöre ist der Grundeigentümer vor dem besitzlosen Overhörigen bevorzugt. Er kann aus seinem Hause gehen,

---

[1] S. 51 Z. 31.

[2] S. 52 Z. 6.

[3] S. 52 Z. 16.

[4] Stadtr. 1219 14 (UB. I 409): *Habebit eadem civitas pacem firmam in domibus suis, ut nullus ad eas fugiens inde violenter extrahatur.*

[5] Für Wirtshäuser vgl. S. 50 Z. 31 (oben S. 360 Anm. 1) mit S. 50 Z. 14: *Men ne scal nemanne in tavernen uphalden, sunder binnen den ver wenden, ane des rades orlof, unde vor deme tappen.* Vgl. S. 51 Z. 15: *In anderen steden des huses (berhuses) heft men husvrede.* Im allgemeinen gilt: S. 50 Z. 18: *In emme huse oder boden mach de voghet oder richtere mit des rades orlove enne man soken unde upholden.* S. 50 Z. 25. So schon Albrecht Gewere 49. Falsch Göschen 316 mit Heranziehung des Verfestungsrechts, wo indessen die Hausungsgrundsätze einschlagen, die hier nicht zutreffen. Unrichtig auch Planck II 276.

[6] Vgl. S. 52 Z. 6 mit S. 51 Z. 31. Klarer sagt das noch die Verfestungsstelle S. 60 Z. 8: *In welkeme huse en man wonet de vorvestet is, is dat sin eghen, dar mach he inne bliven.* — A. A. freilich Göschen 469, der indessen nur S. 53 Z. 35 mißverstanden hat. Der Schuldner verliert nicht nach der Konfiskation den Vorteil, wegen der Restschuld auf ein anderes Haus in Overhöre zu gehen. Ein solcher Vorteil hat nie bestanden. Besitzt er vielmehr noch ein Haus, so kann er weder sich bei ihm bürgen noch überhaupt auf ihm Overhöre halten. Wegen der Restschuld kann er nicht ‚innesitzen'.

vorausgesetzt, daß er an diesem Haus schon vor dem Prozeß als an seinem Eigentume Besitz erworben hatte[1]. Nur muß er vorher dem Vogt und Gläubiger durch zwei Bürger mitteilen lassen[2], daß er kraft des ihm als Grundeigentümer zustehenden Rechtes aus dem Hause gehen wolle. Daß in dieser Mitteilung eine Verpfändung des Grundstücks läge[3], ist schon deshalb ausgeschlossen, weil die Mitteilung bei jedem neuen Verlassen des Hauses wiederholt werden muß. Nicht um dem Gläubiger eine Sicherheit zu verschaffen, die er noch nicht hätte, muß die Erklärung erfolgen: der Gläubiger ist schon gesichert, da das bekreuzigte Haus auch ohne solche Erklärung nach Jahr und Tag der Befriedigung des Gläubigers dient[4]. Ihr Zweck kann vielmehr ausschließlich der sein: den Overhörigen vor der Festnahme zu schützen. Indessen: der materielle Grund der Sicherheit vor der Festnahme kann nur in der Tatsache liegen, daß der Overhörige Grundeigentümer ist. Der Erklärung des Overhörigen kommt daher nur eine formale Bedeutung zu: sie setzt Richter und Gläubiger in Kenntnis, daß der Overhörige zu den Grundeigentümern gehöre, woraus sich dann von selbst die Folgerung ergibt, daß er beim angekündigten Verlassen des Hauses vor der Festnahme geschützt ist.

Daraus folgt: die Overhöre hat hinsichtlich des Festnahmerechts verschiedene Wirkungen, je nachdem der Overhörige Grundeigentümer ist oder nicht. Der Nichteigentümer hat nur in dem von ihm bewohnten Hause Frieden, solange ihn der Hausherr darin duldet; er darf sich nicht auf der Straße betreten lassen. Der Grundeigentümer dagegen hat Frieden in seinem Hause Jahr und Tag; er kann ungehindert auf die Straße gehen, wenn er sich nur vorher den Beteiligten gegenüber auf seine Eigenschaft als Grundeigentümer berufen hat.

---

[1] S. 53 Z. 13: *Wel en up en hus gan in overhöre —, dat mot he ledich unde los in sinen weren hebben ghebracht mit rechte, er en de bodel vore bode.* Vgl. auch S. 72 Z. 38. Danach soll es auch genügen, wenn der Overhörige ein eigenes Haus *binnen der müren to Goslere,* aber in einem anderen Gerichtsbezirk hat.

[2] S. 53 Z. 10: *Wil en man gan up sin eghen vor scult, dar he vor in overhöre is, dat scal he deme voghede kündighen unde deme sakwolden vore weten laten, er he ut ga, mit twen borgheren.*

[3] So Planck II 277.

[4] Ohne jede Begründung ist der entgegengesetzten Ansicht Planck II 254 Anm. 4.

Die Festnahme des Overhörigen hat zur Folge, daß der Kläger berechtigt ist, ihn in seinem Hause[1] in Schuldhaft zu halten. Wenn der Kläger ihn selbst festnahm, so konnte er ihn ohne weiteres in sein Haus in Haft bringen, ohne daß es einer besonderen Übergabe durch den Vogt bedurft hätte[2]. Im Gegensatze hierzu mußte der Schuldhaft, die nach erfolgloser Pfändung den Insolventen trifft, stets eine gerichtliche Handlung vorausgehen; auch der festnehmende Kläger mußte den Beklagten daher erst vor Gericht bringen[3]. Wenn freilich der Vogt den Overhörigen festnahm, so war eine Übergabe an den Kläger nötig; ja sie war Pflicht des Vogts, da er den Overhörigen nicht wieder entlassen durfte[4]; diese Übergabe war aber keineswegs ein antwarden vor gherichte im technischen Sinne[5].

Die Haft im Hause des Klägers ist private Schuldhaft, nicht Schuldknechtschaft[6]. Der Overhörige ist weder zur Arbeit verpflichtet[7] noch berechtigt, die Schuld durch persönliche Arbeit zu tilgen; ein Abverdienen der Schuld wird gar nicht in Frage gezogen[8], im Gegenteil vermehrt

---

[1] Friedrich II. hatte versucht, die *vincula vel ergastula* auf die *publica, que etiam regalia dicuntur,* zu beschränken, Stadtr. 1219 **33** (Keutgen 181). Indessen ohne Erfolg; die Schuldhaft der Statuten ist durchaus Privathaft. Schief Göschen 408, nach dem die Privathaft erst nach diesem Privileg entstanden sein soll. Unrichtig ist aber auch die Vermutung, daß sich die Bestimmung gegen den Rat gerichtet habe, vgl. Feine, Der Goslarische Rat 1913 (Gierkes Unters. 120) S. 32.

[2] So der Wortlaut von S. 54 Z. 31 (= S. 70 Z. 28): *Wert en man gheantwardet vor scult eneme vor gherichte oder ine in der overhöre uphalt, dene scal he halden —.*

[3] S. 72 Z. 8. Vgl. S. 77 Z. 6, Z. 20. Dazu Göschen 407.

[4] S. 54 Z. 7, Z. 10.

[5] Wie sich aus S. 54 Z. 31 ergibt, oben Anm. 2.

[6] Auch nicht Schulddienstbarkeit; a. A. Otto v. Gierke, Schuld und Haftung S. 68 Anm. 77.

[7] S. 54 Z. 32 (S. 70 Z. 29) sagt nur: *dene scal he halden mit spise ghelik sinem ghesinde*, während die Vorlage in Ssp. III 39 § 1 hinzufügt: *und mit arbeite.* Wie Goslar auch Hamburg 1270 IX 13, vgl. Rintelen, Schuldhaft und Einlager S. 88, 92 Anm. 2. Ebenso auch Osterwiek 1353 14 (v. Grote 4): *he scal ome gheven to etende ghelike sinem mededen knechte.*

[8] So nach dem Meißener Rechtsbuch III 9 dist. 3 (Ortloff I 149), wo ihn der Gläubiger, wenn es ihm *fuget,* zur Arbeit zulassen kann, die schuldtilgende Wirkung hat. Vgl. Rintelen S. 89 ff. Das Zwickauer Stadtrechtsbuch von 1348 ordnet private Schuldhaft an, fügt aber hinzu: *diz ist nicht in dem lantrechte. Da lat man einen sine schult vor arbeiten* (Hs. im Zwickauer Stadtarchiv fol. 61).

sich die Schuld um die Unterhaltungskosten[1]. Die Schuldhaft ist sonach zeitlich unbeschränkt; der Gläubiger kann den Overhörigen so lange festhalten, bis dieser ihn befriedigt. Auch durch Entlaufen wird daher der Overhörige nicht von seiner Schuld befreit[2]; nur kann ihn der Gläubiger nicht heraus verlangen, wenn ihn jetzt ein anderer Gläubiger festnimmt, dem er ebenfalls in Overhöre war[3].

Die Schuldhaft ist bereits sehr milde. Der Gläubiger kann zwar dem Overhörigen Fesseln anlegen[4], aber im übrigen ist für die Erhaltung seiner Person schon reichlich gesorgt: er muß ihm einen menschenwürdigen Platz anweisen[5]; stirbt er oder leidet er Schaden durch seine Schuld, so muß er für ihn aufkommen[6]; seinen Verwandten muß jederzeit der Zutritt zu ihm gelassen werden[7]. Seine Aufbewahrung unterliegt also ständiger Kontrolle. Daher darf der Gläubiger auch nicht, wenn er ein Gast ist, den Overhörigen aus der Stadt führen; die Schuldhaft muß in der Stadt abgehalten werden[8].

2. Mit der Feststellung, daß der Overhörige der Festnahme durch Kläger und Vogt unterliegt, ist die Charakterisierung der rechtlichen Lage seiner Person durch die Statuten im wesentlichen erschöpft. Die wenigen sonst noch zu erschließenden Rechtsfolgen werden nur zufällig erwähnt.

Die Rechtslage des Overhörigen ist vor allem in prozessualer Hinsicht verschlechtert. Ist er selbst Kläger, so braucht der Gegner sich

---

[1] S. 54 Z. 38, S. 70 Z. 35. Anders Ssp. III 39 § 2. Obwohl von Gesindespeisung die Rede ist, hat hier der Gläubiger zweifellos nicht das Recht, den Schuldner zur Arbeit anzuhalten. Unrichtig also O. v. Gierke, Schuld u. Haftung S. 70 Anm. 87, vgl. S. 69 Anm. 82.

[2] S. 54 Z. 29: *Wert en man up geholden in ener overhöre unde untlopt, he mot doch de scult ghelden.* S. 54 Z. 37, S. 70 Z. 34.

[3] Korn, De jure creditoris S. 27.

[4] S. 54 Z. 33, S. 70 Z. 30: *Mit ener helden mach he dene spannen.* So Ssp. III 39 § 1.

[5] S. 54 Z. 33, S. 70 Z. 30: *nicht to kolde noch to warme noch to nate scal he enne setten.* S. 54 Z. 40, S. 71 Z. 2: *dene ne scal he nicht setten up enne gangh oder swinekoven dar it stinke, eme to lastere. In reyne stede scal he ene setten.* Meißener Rechtsb. III 9 d. 3 (Ortloff I 149).

[6] S. 54 Z. 34, S. 70 Z. 31. Korn, De jure creditoris S. 28; Rintelen S. 100 Anm. 2. Klarer Osterwiek 1353 14 (v. Grote 4): *den scal he beholden also, dat he one nicht en leme an sime live noch an siner sunt nicht scaden ne do.*

[7] S. 54 Z. 43, S. 71 Z. 4. Meißener Rechtsb. a. O.; Korn a. O. S. 29 f.

[8] S. 55 Z. 9, Z. 13.

auf seine Klage nicht einzulassen, solange die Overhöre währt[1]. Dagegen muß er als Beklagter im Prozeß antworten, wenn er nicht weitere Overhöre auf sich ziehen will[2]. Kommt er zum Prozeß vor Gericht, so muß er sich sofort einlassen; er kann nicht, wie Grundangesessene sonst, die Einlassung auf den dritten Terminstag verzögern[3]. Aber auch, wenn er ohne Vorladung vor Gericht kommt, muß er jedem Gläubiger sofort antworten, der ihn vor Gericht anspricht[4]. Einzige Ausnahme besteht für den Vogt, der ihn wegen des durch die Overhöre verwirkten Gewettes gerichtlich belangen will[5]: hier besteht eine Antwortspflicht nur, wenn der Kläger, dem er in Overhöre ist, mit dem Vogt zusammen die Klage erhebt[6].

Daß seine Lage im übrigen in privatrechtlicher oder in öffentlichrechtlicher Hinsicht betroffen wäre, ist nirgends ersichtlich. So bleibt er insbesondere auch Mitglied der Gerichtsgemeinde[7] wie der Bürgerschaft[8]. Daher ist er an sich auch fähig, zum Mitglied des Rats gewählt zu werden[9]. Doch schützt der Rat sein Ansehen dadurch, daß er den Neugewählten bis zur Befreiung aus der Overhöre vom Amtsantritt ausschließt[10].

II. Die Wirkung der Overhöre auf das bekreuzigte Haus wird von den Statuten viel kürzer abgetan.

---

[1] S. 61 Z. 40, S. 69 Z. 14: *We — in overhöre is, deme ne darf neman antwarden in deme gherichte, dar he inne — in overhöre is, he ne hebbe sich der scult untsculdighet.*

[2] Die Statuten setzen häufig den Fall, daß ein Schuldner mehrfach in Overhöre kommt.

[3] S. 53 Z. 23, S. 75 Z. 7: *Gheyt en in overhöre unde wel de antwarden, de ne mach van gherichte up nen hus gan uppe sine dre daghe.*

[4] S. 53 Z. 25, S. 75 Z. 1: *Gheyt en in overhöre up en hus, kumt de vor gherichte, de mot antwarden, wes men ine sculdighet.*

[5] S. 53 Z. 26, S. 75 Z. 2: *de voghet ne mach ine nicht anspreken binnen iare unde daghe umme de overhöre, dar he umme up sin eghen gheyt.*

[6] Die Stelle fährt fort: *de sakwolde ne si dar ieghenwardich unde klaghe up ine: so mot he deme voghede unde dem sakwolden antwarden.*

[7] Über die Dingpflicht nach den Statuten vgl. Zülzer in ZHarzVer. 43 (1910) S. 169 ff.

[8] Er muß auf Sturmgeläut zur Stadtverteidigung kommen, S. 65 Z. 21.

[9] Über die Zusammensetzung des Rats in Goslar vgl. Feine S. 111 ff., insbes. über Handwerker im Rate S. 117 ff.

[10] S. 56 Z. 17: *Wert en in den rat ghekoren, de in overhöre is, dene ne scal men den rat nicht sweren laten, he ne si der overhöre ledich unde los.*

Wenn der Overhörige die Frist von Jahr und Tag in dem bekreuzigten Haus geblieben ist, so ergreift der Vogt endgültig Besitz von ihm. Das Haus kommt in Besitz und Eigentum des Vogtes, indessen mit der gesetzlichen Auflage, den Gläubiger daraus zu befriedigen[1]. Das erfolgte wohl regelmäßig so, daß der Gläubiger so viel von der im Hause vorhandenen Fahrhabe erhielt, als zu seiner Befriedigung ausreichend war; nur wenn diese nicht genügte, mußte der Vogt ihm auch das Eigen übertragen[2]. Alles was der Kläger nicht beanspruchen konnte, verblieb dem Vogt, ohne Rücksicht auf seinen Wert, zur Befriedigung seines Gewetteanspruchs[3] in Höhe von 60 Schillingen[4]. Wenn dagegen auch das Eigen nicht zur Tilgung der gläubigerischen Forderung genügte, so war der Gläubiger doch, wenn auch nur bis zum Werte des Eigens, befriedigt[5]. Die Restschuld muß sofort bezahlt werden; der Overhörige kann sich vor der Verfolgung dieser Restschuld nicht mehr durch den Frieden eines anderen Hauses schützen[6]. Er unterliegt also der sofortigen Festnahme und der Schuldhaft, wenn er nicht leisten kann[7].

Die Besitznahme des Vogts am Hause ist regelmäßig davon abhängig, daß das Haus bekreuzigt wurde. Aber die Statuten machen eine Ausnahme davon für den Fall, daß der Beklagte nicht im Bezirke des Overhöregerichts, sondern in einem andern Gerichtsbezirke Goslars seine Wohnung hat. Dann wird von der Bekreuzigung abgesehen[8]. Trotzdem wird das Haus, in dem der Overhörige das Jahr gesessen

---

[1] S. 53 Z. 31: *Of en up en hus iar unde dach hevet ghegan in overhöre, des huses scal sich de voghet underwinden unde scal deme kleghere dar sine scult van ghelden.*

[2] Das schließe ich daraus, daß im allgemeinen nur davon gesprochen wird, daß der Vogt dem kleghere *dar sine scult van ghelden* soll, während der Kläger im Besitze des Hauses nur bei Höherwert der Schuld erscheint: *de kleghere scal dat hus, dat it ghelden mach, van siner scult rekenen.*

[3] Das.: *dat it betere is, dar scal de voghet sine wedde an hebben.*

[4] S. 84 Z. 25, vgl. S. 56 Z. 9.

[5] S. 53 Z. 36: *de kleghere scal dat hus, dat it ghelden mach, van siner scult rekenen.*

[6] S. 53 Z. 34: *is dat nicht betere denne de scult, brict ime ichtes, dar vore mach he ime uppe nen hus mer in overhöre gan.*

[7] Völlig anders Göschen 469, nach dem der Schuldner dauernd in Overhöre sich im Hause halten mußte. Das ist unmöglich, da ihm sein Haus genommen ist und er auf kein anderes gehen darf.

[8] S. 52 Z. 12, 20; oben S. 357.

hat, auf Ersuchen des Overhöregerichts vom Vogte des andern Gerichts in Besitz genommen und dem Vogte des Overhöregerichts zur gesetzlichen Verwendung übertragen[1].

Dabei bleibt manches unklar. Nichts wird insbesondere darüber gesagt, wie die Rechtslage ist, wenn dem Overhörigen mehrere Grundstücke gehören. Das mag kaum vorgekommen sein, da einmal in den Städten der Grundbesitz sich im typischen Falle auf das eine vom Bürger bewohnte Haus (mit dazugehörigem Land) beschränkte und weiter der größere Hauseigentümer regelmäßig ohne Overhöre leiden zu müssen auf anderem Wege sich seiner Gläubiger erwehren konnte. Dennoch ist die Frage von Wichtigkeit. Die Statuten sprechen nur davon, daß das Haus bekreuzigt wird, daß die Vollstreckung in das Haus stattfindet[2]. Die starke Betonung, die überall darauf liegt, daß es sich immer nur um das eine vom Overhörigen bewohnte Haus handelt, schließt es aus, daß die in der Bekreuzigung liegende Beschlagnahme auch den weiteren Grundbesitz des Overhörigen erfaßt habe. Dafür spricht auch das Verbot, wegen der nach Verwertung des Hauses verbleibenden Restschuld auf ein anderes Haus in Overhöre zu gehen[3]: damit wird mindestens a u c h der Fall erwogen, daß der Overhörige noch Eigentümer anderen Grundbesitzes ist. Die Beschlagnahme umfaßt sonach von vornherein nicht das Gesamtvermögen, sondern nur ein bestimmtes Vermögensstück. Indessen ist auch unwahrscheinlich, daß nach Verwertung des Hauses auf die andern Grundstücke, obwohl für sie die Bekreuzigung nicht galt, gegriffen werden konnte. Man kann nicht dafür anführen, daß auch sonst in nicht bekreuzigte Grundstücke vollstreckt wurde; der einzige hierher gehörende Fall der Statuten[4] ist ganz offensichtlich ein Ausnahmefall, der aus dringenden praktischen Gründen dem Normalfall nachgebildet worden war. Maßgebend ist den Statuten, daß der Overhörige sich hier wie dort Jahr und Tag in dem Hause in Overhöre befunden hat. Das trifft für den andern Grundbesitz nicht zu. Man wird daher an-

[1] S. 53 Z. 38: *Gheyt en in overhöre in emme gherichte, it si dat grote oder dat lütteke, up en hus, dat in dem anderen gherichte lit, alse iar unde dach umme komet, so scal de voghet unde de kleghere de sake an den voghet bringhen, in des richte dat hus lit: de scal en helpen sodanes rechtes alse hir vore bescreven is.* Vgl. auch S. 72 Z. 38.

[2] Oben S. 356 Anm. 4, S. 367 Anm. 1.

[3] Oben S. 367 Anm. 6.

[4] Über ihn oben S. 367 f.

nehmen müssen, daß mit der Vollstreckung in das bekreuzigte Haus der direkte Zugriff auf das Vermögen des Overhörigen beendigt war. Er kann sich vor der Schuldhaft nur mehr durch freiwillige Übertragung seines Liegenschaftsbesitzes retten.

Nichts erfährt man weiter von der Rechtslage, in der sich das bekreuzigte Haus von der Bekreuzigung ab innerhalb der einjährigen Frist befindet. Indessen steht einmal fest, daß der overhörige Hauseigentümer in dem Hause weiter als in dem seinigen verbleiben kann: das Eigentum wird ihm nicht entzogen. Anderseits ist zweifellos von vornherein das Haus durch die Bekreuzigung für die Befriedigung des Gläubigers verstrickt, dem Overhörigen also die Verfügungsmacht darüber genommen.

III. Das Verhältnis der Wirkungen der Overhöre auf die Person und auf das Gut untereinander ist von dem Satze aus zu beurteilen: nur wenn der Overhörige Jahr und Tag sich auf dem Hause in Overhöre befunden hat, kann sich der Vogt des Hauses unterwinden[1]. Nur in diesem Falle also befindet sich die Verstrickung der Person in einem subsidiären Abhängigkeitsverhältnisse zu der des Guts[2]. Anders wenn der Overhörige das Haus vor Ablauf der Jahresfrist auf die Dauer verläßt. Dann kann der Vogt sich das Haus nicht aneignen. Wird also der Overhörige außerhalb des Hauses festgenommen, so bleibt nur mehr die Schuldhaft gegen seine Person übrig: eine Vollstreckung in das Gut ist ausgeschlossen. Da indessen der Grundansässige das Haus nach Benachrichtigung ohne Festnahmegefahr verlassen kann, kommt der Wegfall der Vollstreckungsmöglichkeit in das Gut durch Festnahme regelmäßig nur für den Nichteigentümer in Frage, wo sie durchaus gerechtfertigt ist. Das gleiche gilt, wenn sich der Overhörige außerhalb des Hauses halten kann, ohne festgenommen zu werden. Sobald freilich dieses Verhalten des Overhörigen in den Bereich der verbrecherischen Flucht gehört, kann auch auf das Gut gegriffen werden; aber seine Rechtslage ist dann eben durch die Flucht geändert.

3. Die Beendigung der Overhöre.

Der Zustand der Overhöre dauert höchstens Jahr und Tag: danach wird in das bekreuzigte Haus vollstreckt, der Overhörige in Schuldhaft gebracht.

---

[1] S. 53 Z. 31.

[2] Oben S. 367.

Auch während der Jahresfrist kann die Overhöre beendigt werden. Will der Overhörige freiwillig sich lösen, so muß er vor Gericht erscheinen, was er ohne Gefahr tun kann, wenn er ein Haus besitzt[1] oder vom Rat Geleit erhielt[2]. Völlig befreit er sich dann, wenn er Schuld und Bußansprüche befriedigt[3]. War die Overhöre im Kontumazialverfahren verhängt worden, so verbleibt ihm weiter der Nachweis echter Not[4]; gelingt ihm dieser, dann steht er in derselben prozessualen Lage wie vorher; er wie sein Gut wird aus der Overhöre entlassen. Da im Kontumazialverfahren wegen der Schuld eine Kontumazialfolge nicht eintritt, kann der Overhörige, wenn er freiwillig vor Gericht kommt, immer noch die Existenz der Schuld leugnen; aber aus der Overhöre befreit er sich dann nur durch Zahlung der Bußen[5]. Anders liegt es, wenn er festgenommen worden war auf Grund der Overhöre, die im Kontumazialverfahren wegen der bestrittenen Schuld verhängt worden war: dann ist ihm das Bestreiten der Schuld versagt[6].

Kommt der Overhörige also nicht freiwillig vor, sondern gefangen, so kann er sich nur befreien durch Zahlung von Schuld[7] und Buße mit einziger Ausnahme des Falls, daß er im Kontumazialverfahren verurteilt wurde und echte Not nachweisen kann[8].

Die Entlassung aus der Overhöre wird vom Vogt vorgenommen.

---

[1] Vgl. S. 53 Z. 19 ff.

[2] S. 54 Z. 22.

[3] Dem Vogt verfällt eine Buße von 60 Schillingen, S. 56 Z. 9, vgl. S. 84 Z. 25, dem Kläger 30 Schillinge, S. 84 Z. 26. Im kleinen Gerichte erhält der Vogt 30 Schill., S. 84 Z. 24. Nach einem Zusatze zum Stadtrechte sind die Säte gemindert auf 15 bzw. 7½ Schillinge, S. 91 Z. 18.

[4] S. 53 Z. 39 ff., oben S. 368 Anm. 1 fährt fort: *untsculdeghede he sek der benömden scult nicht binnen desser tid, so ne mochte he sek derna nicht untsculdighen, of he darumme in overhöre upgheholden worde, et ne beneme eme echte not, dat he nicht vore komen möchte, de he bewisde alse recht is.* Vgl. Albrecht, Gewere 53.

[5] Vgl. Albrecht, Gewere 52; Planck II 276, wo indessen verkannt ist, daß diese Regelung sich lediglich aus der Natur des Kontumazialverfahrens erklärt und daher nur auf dieses beschränkt ist.

[6] S. 56 Z. 9: *Wert en in erre overhöre upgheholden —, der ne mach he sich nicht untscüldighen; der anderen untscüldighet he sich wol mit sinem ede.*

[7] Die Schuld ist dann auch bei vorausgehendem Kontumazialverfahren nicht mehr bestreitbar und sofort fällig, S. 56 Z. 6.

[8] S. 53 Z. 5.

Sie bedarf der Einwilligung des Klägers [1]. Wie die Kündigung in Overhöre, wird sie einer formellen Handlung bedurft haben. Erfolgt die Entlassung nach der Festnahme, so muß der Festgenommene mit den Gesippten dem Kläger und seinen Helfern Urfehde schwören [2].

Zweiter Teil.

Das Wesen der Overhöre.

I. Eine Analyse der äußeren Gestalt der Overhöre ergibt, daß sie in sich zwei wesensfremde Elemente enthält: solche, die auf die Fronung [3] zurückweisen, und solche, die als Wirkungen einer zweckbeschränkten Friedloslegung der Person sich charakterisieren.

1. Als Spielart der Fronung zeigt sich die Overhöre in der Kreuzigung des Hauses und im Verfalle des gefronten Hauses nach Jahr und Tag. Doch hat sie ihr Wesen vielfach verändert.

Das Aufstecken des Kreuzes auf das Haus bedeutet noch jetzt provisorische Beschlagnahme, aber nicht mehr zugunsten des königlichen Fiskus [4], sondern des Richters. Objekt ist ausschließlich das Wohnhaus [5], nicht mehr das gesamte Vermögen des Schuldners [6]. Die Beschlagnahme verschafft auch nicht etwa dem Verfügenden resolutiv bedingtes Eigentum [7];

---

[1] S. 54 Z. 14: *Ok ne mach de voghet nemende ut der veste noch ut der overhöre laten ane des klegheres willen,* S. 61 Z. 16; vgl. S. 54 Z. 7. — Ist der Overhörige in mehreren Overhören, so bedarf es der Einwilligung aller Kläger, S. 54 Z. 10.

[2] S. 56 Z. 13: *We in erre overhöre upgheholden wert, wanne de sich vorliket, so scal he ene orveyde sweren to holdene unde alle de dorch ene don unde laten willen, ewichliken mit worden unde mit werken an alle den de darmede begrepen sin.*

[3] Göschen und vor allem Planck haben das Fronungselement der Overhöre bei ihrer Begriffsbestimmung ganz außer acht gelassen. Planck (II 275) glaubt die Overhöre erschöpfend charakterisieren zu können »als Verurteilung des Beklagten zur Schuldknechtschaft (!), für den Fall, daß Kläger seiner habhaft wird«. Die Bekreuzigung der Wohnung bedeutet daher nach ihm nur die Ankündigung der Verhaftung des Schuldners (II 254 Anm. 4): aber nicht erst die »Verbürgung« mit dem Grundstück, sondern schon die Bekreuzigung schafft die Grundlage der Vollstreckung; vgl. oben S. 363.

[4] So die Fronung des fränkischen Reichsrechts, vgl. Vermögensvollstreckung I 80.

[5] Oben S. 368 f.

[6] Vermögensvollstreckung I 78 f.

[7] Vermögensvollstreckung I 80.

sie erschöpft sich in dem Entzug der Verfügungsmacht über das Haus[1]. Dementsprechend enthält sie keine Ausweisung des Schuldners aus dem Besitze[2]; im Gegenteil bleibt dem Schuldner der weitere Aufenthalt im Hause gewährleistet, selbst ein mehrfaches Aus- und Eingehen hat an sich keine nachteiligen Rechtsfolgen[3].

Auch jetzt erwirbt erst die öffentliche Gewalt Eigentum am Grundstücke, freilich nicht wie früher der König[4], sondern der Richter[5]. Dieser hat den Gläubiger zu befriedigen; nur den verbleibenden Rest kann er für sich behalten, aber als Äquivalent für die ihm verfallenen hohen Wettebeträge.

Die Fronung als solche hat sonach ihre Straffunktion[6] verloren: sie ist wesentlich Sicherungs- und Befriedigungsmittel[7] zugunsten der Ansprüche des Gläubigers und des Richters. Als Zwangsvollstreckungsmittel ist sie nicht mehr General-, sondern Spezialexekution. Doch behält sie in sich die Funktion indirekten Zwangs: der Schuldner soll zur Zahlung gezwungen werden, bei Fronung wegen Schuld des Mieters der Hauswirt zur Austreibung des Mieters. Einen indirekten Zwang, vor Gericht zu erscheinen, übt sie nur aus, wenn sie auf Ladungsungehorsam erging. Daß sie über den Fall des Ladungsungehorsams[8] hinaus in den Mittelpunkt des Vollstreckungsverfahrens gerückt wird, entspricht der karolingischen Gesetzgebung für Sachsen[9].

2. Die Overhöre stellt sich andererseits dar als eine Abspaltung der Friedlosigkeit der Person. Das zeigt schon die Kündigung in Overhöre, die vom Richter auf Antrag des Klägers an der ordentlichen Gerichtsstätte nach dem Läuten der Gerichtsglocke vorzunehmen ist[10]: sie ist eine Erklärung der Friedlosigkeit, die in der Form geringere An-

---

[1] Oben S. 369.
[2] Vermögensvollstreckung I 80 f. u. Anm. 72, 73.
[3] Anders nach älterem Goslarer Recht: Einigung 1290 (UB. II 417): *si advocatus quemlibet pro contumaciis diversis domum suam compluries exeundo et intrando incuset.* — Vgl. Vermögensvollstreckung I 81 Anm. 73.
[4] Vermögensvollstreckung I 82.
[5] Oben S. 367.
[6] Vgl. Vermögensvollstreckung I 82.
[7] Unrichtig Planck II 253.
[8] Vermögensvollstreckung I 76 ff.
[9] Cap. de part. Saxoniae 782, 27 (Cap. I 70).
[10] Oben S. 357 f.

forderungen stellt[1], da sie geringere Wirkungen zeigt. Diese bestehen fast ausschließlich im Festnahmerecht; nur in prozessualer Hinsicht ist seine Rechtsstellung entsprechend der des Verfesteten verschlechtert[2]. Das Recht zur Festnahme bedeutet für den Kläger die Befugnis, sich der ihm gegenüber friedlosen Person zu bemächtigen, um sie in seiner Haft halten zu dürfen[3]; nur ein besonderer Friede, insbesondere ein Hausfriede, hebt den Friedensverlust dem Kläger gegenüber wieder auf[4]. Dem Vogt gegenüber hat die gleiche friedegebende Macht nur der eigene Hausfriede des Overhörigen[5]. Der Vogt und im Notfall der Rat haben die Pflicht und das Recht, die Festnahme vorzunehmen[6]; nicht um eigene Ansprüche zu vollstrecken, sondern um den Overhörigen der Schuldhaft des Klägers zu überantworten[7]. Aber sie handeln nicht kraft klägerischen Auftrags; ihr Recht zur Festnahme fließt nicht aus dem des Klägers, sondern aus staatlicher Gewalt[8]. Sie handeln als Vertreter der Friedensgenossenschaft, deren Frieden durch den Ungehorsam des Beklagten verletzt wurde, — ein letztes Anzeichen dafür, daß die Overhöre dem Kreise der absoluten Friedlosigkeit entstammt[9], während die übrigen Angehörigen der Friedensgenossenschaft nur noch

---

[1] Dagegen wird in Goslar die Verfestung in folgender Form verhängt: der Kläger ruft dreimal das Gerüfte und nennt den Beklagten bei Namen; dieser wird dreimal (symbolisch) geladen und dreimal zu Bürgschaft geboten; zum Zeichen der Verfestung müssen Richter und Dingleute *mit eren vingheren upstippen,* S. 56 Z. 30. Über die Friedloskündigung vgl. v. Amira, Grundriß [3] S. 239, insbesondere im angelsächsischen Recht vgl. Liebermann in der Festschrift für Brunner (1910) S. 24.

[2] Oben S. 365 f., vgl. S. 61 Z. 40, S. 69 Z. 14.

[3] Oben S. 358, 364 f.

[4] Oben S. 361 f. Das gilt in ähnlicher Weise für den Verfesteten. Auch er hat Frieden auf seinem vorher erworbenen Eigen, wenn er schon darin wohnte, S. 60 Z. 25, Z. 7, vgl. S. 60 Z. 34, S. 51 Z. 31, S. 60 Z. 5, in seinem Mietshaus während der Mietszeit S. 60 Z. 10, in seinem Pfandgute, solange es nicht eingelöst wird S. 60 Z. 29.

[5] Oben S. 362.

[6] Oben S. 358 f.

[7] Oben S. 364.

[8] Das ergibt klar die Fassung von S. 53 Z. 43 oben S. 358 Anm. 10.

[9] Vgl. dazu Brunner in Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts (1894) S. 446 zu Anm. 3. Der Schwur der Urfehde, oben S. 371 zu Anm. 2, beweist nichts dagegen; hier handelt es sich um eine Vorbeugung gegen künftige Rachehandlungen wegen der Festnahme.

aus dem Rechte des Klägers heraus zur Festnahme des Overhörigen schreiten dürfen[1].

Vergleicht man die Overhöre mit der Verfestung[2], mit der sie in den Statuten häufig vereint normiert wird, so zeigt sich, daß dort der wesentlich stärkeren Form der Verhängung[3] wesentlich stärkere Wirkungen entsprechen. Die Festnahme steht nicht nur dem Kläger oder dem Vogt, sondern jedermann zu[4]; den ergriffenen Verfesteten trifft stets die Todesstrafe[5], ja es kann jeder den Verfesteten erschlagen, ohne sich damit der Sippenrache auszusetzen[6]. Seine Rechtsstellung ist in ihren wichtigsten Auswirkungen betroffen: ihm fehlt die Zeugnisfähigkeit im Verfestungsgericht[7]. Und endlich trifft ihn das Hausungsverbot. Wer einen Verfesteten haust, muß ihn dem Gericht stellen[8]. Leugnet er die Hausung, so muß er sich durch Unschuldseid reinigen[9] oder Haussuchung gestatten[10], sonst trifft ihn die gleiche Strafe, die dem Verfesteten droht[11].

---

[1] S. 54 Z. 1, Z. 5 oben S. 358 Anm. 7, 8.

[2] Göschen 471 ff. Vgl. Frensdorff in Hans. GQu. I (1875) XIII ff., Ermisch, N. Arch. sächs. G. 13 (1892) 1 ff. Der Aufsatz von Holstein, Verfestung und Friedloslegung im Archiv für Strafr. 61 (1913) 57 ff. enthält keine selbständige Forschung.

[3] Oben S. 373 Anm. 1. Ihr entspricht die Entlassung durch Vogt mit Dingleuten und Urteil S. 57 Z. 40, S. 58 Z. 5.

[4] Stadtr. 1219 16 (Keutgen 180): *Licet etiam unicuique hominem proscriptum in taberna vini aut cervisie repertum occupare et conprehendere, sicut in platea deprehensum.* S. 59 Z. 4. — Man vergl. die parallele Fassung der Satzung von 1219 mit der Overhörigensatzung S. 50 Z. 31.

[5] S. 59 Z. 10: *Wert en in der vestinghe begrepen, de vestinghe nimt ime dat lif.*

[6] S. 59 Z. 8: *Wert en man vorvestet unde sleyt ene en ander in der veste in deme gherichte, he blift ane not van ienes vrunden.* Hierin steht die Verfestung der Friedlosigkeit näher als dem Vorbann des fränkischen Rechts, vgl. Brunner, RG. II 465. Vgl. für das lübische Recht Frensdorff S. LV.

[7] S. 62 Z. 3: *En vorvestet man ne mach nicht tüghen in deme richte, dar he inne vorvestet is.*

[8] Stadtr. 1219 15 (UB. I 409): *Si vero proscriptum quisquam in domum suam quis receperit, si ab advocato et actore super eo fuerit incusatus, proscriptum restituet ad justitiam.* S. 59 Z. 29.

[9] 1219 15 (das.). S. 59 Z. 32, 35.

[10] S. 59 Z. 38: Weigert er den Unschuldseid, *so scal he deme kleghere staden ine to sokende in allen sinen wesenden unde winkelen.*

[11] S. 59 Z. 29: *We enne vorvesteden man heghet unde holt in deme gherichte, dar he inne vorvestet is, de is like scüldich, he ne wille ene to*

Die Unterschiede zwischen Overhöre und Verfestung, die beide auf die gleiche Mutter, die Friedlosigkeit, zurückgehen, sind ohne weiteres verständlich aus der Entwicklung, die den Schuldprozeß aus dem Strafprozeß als selbständige Prozeßart loslöste [1]. Die Overhöre gehört dem Schuldprozeß, die Verfestung ausschließlich dem Strafprozeß an. Freilich wird sie auch verhängt bei Dingflucht im Schuldprozeß [2], bei Pfandweigerung um Hauszins [3], bei Austragen des Kostgelds oder Arbeitslohns [4]; aber diese scheinbar rein schuldrechtlichen Angelegenheiten stellen sämtlich den Tatbestand eines handhaften Verbrechens dar: Verfestung ist nur möglich, wenn ein Gerüfte erhoben wurde [5]. Die Verfestung richtet sich gegen den Verbrecher als solchen; sie konnte sich die allgemeine Friedlosigkeitsfolge: das allgemeine Tötungs- und Festnahmerecht, die Lebensverwirkung im Festnahmefall, den Glaubensentzug, das allgemeine Hausungsverbot bewahren. Die Overhöre dagegen richtet sich gegen den ungehorsamen Schuldner als solchen: so erklärt sich ihre Beschränkung auf eine fast rein relative, dem Zwecke der Befriedigung des Gläubigers allein dienende Wirkung; ist doch sogar das allgemeine Hausungsverbot ihrem Inhalte entzogen [6].

---

rechte vore bringhen. Vgl. Liebermann in Festschrift für Brunner (1910) S. 36 Anm. 11.

[1] Vermögensvollstreckung I 373 ff.

[2] Oben S. 353.

[3] S. 22 Z. 2: *We umme hustins panden wel, of men ime dat weret, so neme he den sculteten unde twene neybere oder andere guder lüde twene dar to. Weret men ime denne dat pant, so rope he dat gheröchte: dar mach he de umme vorvesten.* Vgl. S. 58 Z. 15. Meißener Rechtsb. II 4 dist. 11 (Ortloff I 120). Vgl. Vermögensvollstreckung I 740 ff. — Zu S. 22 Z. 30 ff. vgl. das. I S. 320 Anm. 75.

[4] S. 48 Z. 17: *We emme senne win oder ber oder spise untdreghet weder sinen willen oder eme wat untdreghet, dar he lon ane vordenet heft, oder welkerleye ding he eme untdreghet, deme scal he dat röchte na ropen unde de neybere dar to tüghe to nemen: so mach he ene dar umme vorvesten.* Vgl. Vermögensvollstreckung I 329 ff.

[5] So bedarf es eines Gerüftes auch zur Verfestung des flüchtigen Schuldners nach dem Stadtrecht von Hildesheim, vgl. ZRG. G. 34 (1913) S. 70 u. Anm. 3; des auf Ladung ungehorsam ausbleibenden nach dem niedersächsischen Weistum von Alefeld (Grimm III 270), dem Stadtrecht von Rüthen (Vermögensvollstreckung I 90) usw.

[6] Die Overhöre enthält also in sich keinen metebann mehr, wie der fränkische Vorbann, vgl. Vermögensvollstreckung I 70 u. Anm. 35. Darin unterscheidet sie

Die Wirkung der Overhöre erschöpft sich fast ausschließlich in der Befugnis zur Festnahme, die gerichtet ist auf Festhaltung der Person in Schuldhaft. Wie diese ist daher die Overhöre selbst indirekter Zwang, gerichtet gegen den Schuldner und seine Sippe auf Leistung des Geschuldeten. Dennoch ist die Overhöre nicht zutreffend charakterisiert als Verurteilung zur Schuldhaft[1]; sie ist vielmehr ein Zustand des Schuldners, der die Voraussetzung für die Festhaltung in Schuldhaft bildet[2].

II. Zur Erklärung dieses eigenartig aus zwei ganz verschiedenen Elementen zusammengesetzten Rechtsinstituts der Overhöre sind an sich zwei Möglichkeiten gegeben. Einmal könnte es sich als ein einheitliches aus der Friedlosigkeit abgespalten haben. Dagegen spricht die Identität der Fronung des fränkischen Reichsrechts mit dem Fronungselement der Overhöre. Es bleibt sonach nur noch anzunehmen, daß die Fronung sich im Goslarer Recht mit einer Abspaltung der Friedlosigkeit der Person zu einem neuen Rechtsinstitut verquickt hat. Ja wir wissen sogar, daß sich diese Entwicklung erst im 14. Jahrhundert vollzogen haben kann, da noch im Ausgang des 13. Jahrhunderts beide Rechtsinstitute getrennt nebeneinander bestanden haben. Das bezeugt uns die Einigung, die im Jahre 1290 zwischen dem Rat und den städtischen Gilden und Innungen einerseits und den Berg- und Hüttenleuten (montani et silvani) anderseits geschlossen wurde[3]. Diese bildet den Abschluß eines Verschmelzungsprozesses, der zwischen der Stadt und den Bergbautreibenden stattfand. Die Bergleute waren zum größten Teile nichtsächsischer Abstammung, insbesondere Franken[4], denen neben der ursprünglichen Stadt ein besonderer Wohnbezirk zu-

---

sich auch von dem Metebann des magdeburgischen Rechts, vgl. Weistum für Breslau 1261 **25** (Laband 17), mit dem sie sonst in persönlicher Beziehung identisch ist. Vgl dazu Planck II 250.

[1] So Planck II 275.

[2] Ein in persönlicher Beziehung der Overhöre gleicher Zustand ist auch Voraussetzung der Überantwortung in Schuldhaft vor Gericht. Vgl. oben S. 354 u. Anm. 3, 4.

[3] UB. II 417 Nr. 412. Über sie vgl. Neuburg Z. ges. StaatsW. **40** S. 86 ff., insbesondere 98 ff., Bode, Einl. zu UB. II S. 50 ff., Feine S. 74 ff. Bode (vgl. auch Frölich S. 47) geht freilich zu weit, wenn er durch die Einigung für die Korporation der Bergleute Anteil an Verwaltung und Gesetzgebung der Stadt entstehen läßt, vgl. dagegen Feine 98 f.

[4] Vgl. Bode, Einl. zu UB. I S. 4, II S. 48, Neuburg, Goslars Bergbau (1892) S. 13, Feine S. 4.

gewiesen war, das sogenannte Bergdorf[1]; sie bildeten einen eigenen Gerichtsbezirk, das iudicium trans aquam, in welchem nach ihrem eigenen Recht Gericht gehalten wurde[2]. Aber die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit mußte zu einer rechtlichen Verquickung beider Bezirke führen, ja sie war Lebensfrage für die Stadt, da der Bergbau für Goslar die wichtigste Grundlage des Handels bildete[3]. Die städtischen Gilden suchten Handel und Gewerbe auch in diesem Bezirke unter ihren Zunftzwang zu stellen[4], die Stadt suchte ihre Macht auch über dieses Gericht auszudehnen[5], die Bergleute anderseits, von denen einzelne inzwischen zu reichem Grundbesitze auch in der Stadt selbst gelangt waren[6], bestrebten sich, für die Gesamtheit den Nachteil, Gerichtsfremde zu sein, zu beseitigen und den städtischen Grundbesitzern unter ihnen die Vorteile der Grundansässigkeit zu sichern. In der Hauptforderung des Zunftzwangs siegte die Stadt, nur wenige Ausnahmen mußte man den Bergleuten zusichern[7]. Dagegen mußte sie den Bergleuten in ihren Forderungen weit entgegenkommen. Einmal wurde ausdrücklich anerkannt, daß die Stadt sich in das Gericht der Bergleute nicht einzumengen habe, sondern daß sie selbst dort nach ihrem eigenen Recht zu urteilen befugt seien[8]. Anderseits wurden die Bergleute vom Fremden-

---

[1] Vgl. Bode, Einl. zu UB. II S. 48, 80 ff, Feine S. 65.

[2] Das ist mit Bode, Einl. zu UB. II S. 49, Feine 16, vgl. auch Rietschel, Markt und Stadt 92, Heymann in ZRG. G. 32 S. 495, anzunehmen gegen Weiland in Hans. GBl. 1885 S. 46 und Frölich S. 48 f., die die Entstehung der kleinen Vogtei ins Jahr 1290 zu verlegen suchen. Indessen setzt die Einigung von 1290 die frühere Existenz einer selbständigen kleinen Vogtei voraus, vgl. unten Anm. 8.

[3] Vgl. hierzu H. Bächtold, Der norddeutsche Handel im 12. und beginnenden 13. Jahrhundert (1910) S. 144 ff.

[4] Feine S. 74 ff. Vgl. dazu Keutgen, Ämter und Zünfte S. 192 ff.

[5] Bode, Einl. zu UB. II S. 51. Vgl. auch Weiland in Hans. GBl. 1885 S. 36 f.

[6] Neuburg, Goslars Bergbau S. 178 ff.

[7] Ein beschränktes Recht, für die Hausgenossen und Arbeiter Gewänder zu schneiden und Fleischerstände zu haben, vgl. Bode UB. II, Einl. S. 51, Feine S. 78 f.

[8] UB. III S. 417: *quod iudicium trans aquam in tali jure stet et permaneat, sicuti fuit, priusquam burgenses prefate civitatis hoc judicium sibi assumerent et usurparent,* S. 418: *tale jus, sicut silvani iam sepedicti et montani habent, debent inter se discutere secundum placitum ipsorum et ordinare.*

arrest in der Stadt befreit[1] und die prozessualen Vorteile des Grundbesitzes auf jeden grundansässigen Mitwohner ausgedehnt[2]. Die beiden ersten Bestimmungen dieser Einigung aber gehen in der Hauptsache dahin: der festgenommene Overhörige muß dem Stadtvogt sechzig Schillinge zahlen[3]; derjenige, dem sein Haus wegen Ungehorsams gefront wurde, verbleibt in Huld und Recht des Stadtvogts[4]. Die Bedeutung dieser Vereinbarungen scheint die zu sein: auch auf den ungehorsam ausbleibenden Bergmann soll, wenn er festgenommen wird, die sächsische Bußsumme von 60 Schillingen Anwendung finden; die Beschlagnahme des Hauses soll, auch wenn sie gegen einen grundbesitzenden Mitwohner gerichtet ist, nicht mit rechtlichen Nachteilen in bezug auf seine Person verknüpft sein. Verständlich ist diese Bestimmung jedenfalls nur unter der Annahme, daß im Jahre 1290 die Fronung in Goslar noch reine Beschlagnahme des Hauses war, die zwar dem Schuldner das Aus- und Eingehen im Hause entzog, aber im übrigen seine Person in keiner Weise verstrickte. Diese wurde einzig ergriffen von der ihr gegenüber selbständigen zweckbeschränkten Friedlosigkeit der Person, die in der voraufgehenden Bestimmung geregelt ist.

Trifft das zu, so ist auch im Rechte von Goslar wie sonst in sächsischen Rechten der Ausgangspunkt des Zwangsvollstreckungssystems gegeben in der Duplizität der Zwangsmittel: Fronung des Hauses des Grundbesitzers oder Gerichtsgenossen, Friedloslegung des Grundbesitzlosen. Die Fronung ergreift in erster Linie nur das Vermögen; nur wenn dieses nicht zureicht, wird die Person betroffen. Dagegen richtet

---

[1] S. 418: *in nullius domo vel curia dicti silvani aut montani, operarii ipsorum: videlicet huttelude ac magistri carbonorum, cum equis et aliis suis rebus sint occupandi, sed sunt citandi ibidem, sicuti et in platea communi.* Über den Fremdenarrest handeln die Statuten insbesondere in S. 66 Z. 6, 23, 35, S. 67 Z. 1, 14, S. 68 Z. 39.

[2] S. 418: *Si quis homo residens, habens domum propriam, pro debitis coram juditio incusatus fuerit, ipse super tres dies suos de fassis debitis ire potest.* Darüber vgl. oben S. 354 f.

[3] S. 417: *si quis contumax ab advocato vel ab actore deprehenditur et ad domum advocati ducitur, pro illa contumacia advocato civitatis Lx parvorum denariorum solidos vadiabit.* Vgl. S. 56 Z. 9.

[4] S. 417: *si advocatus quemlibet pro contumaciis diversis domum suam compluries exeundo et intrando incuset, idem contumax in amicicia aut in jure advocati civitatis permanebit.* Vgl. dazu oben S. 372.

sich die Friedloslegung nur gegen die Person unter Ausschluß jeder direkten Vollstreckung in das Vermögen[1].

Die Overhöre ist das Produkt der Verschmelzung dieser beiden Zwangsmittel, und diese Verschmelzung wieder hat ihren Grund in einer für Goslar eigentümlichen verfassungsrechtlichen Entwicklung. Bürger in Goslar konnte ursprünglich nur der sein, der vom Stadtherrn Grund und Boden zur Leihe erhalten und auf ihm sich ein Haus errichtet hatte[2]. Aber schon im Anfange des 13. Jahrhunderts war Bürger auch der bloße Besitzer einer Rente[3], und im Anfange des 14. Jahrhunderts[4] konnte jeder gegen eine Abgabe an den Rat das Bürgerrecht in der Stadt erwerben[5]. War so früher als anderwärts der Erwerb des Bürgerrechts vom Grundbesitz unabhängig gemacht worden, so war anderseits die rechtliche Differenzierung innerhalb der Bürgerschaft außerordentlich gering. Im Verlauf des 13. Jahrhunderts wurden die einstmals in der Stadt mächtigen ritterlichen Familien[6] verdrängt[7];

---

[1] Nur zwei Beispiele. Braunschweig Ottonisches Stadtr. 1250—79 21 (UB. I 5): Nach dreimaliger Vorladung: *Ne komet he nicht uore, he sal ine ophalden mit gerichte vnde scal ine vore bringen, of he ane were is. heuet he dhe were, man sal dat cruce dar ȯp steken.* Magdeburg Rechtsweistum für Breslau 1261 25 (Laband 17): Nach prozessualem Schuldanerkenntnis und dreimaligem Zahlungsgebot: *ne habet her des geweddes noch der schult nicht, her vronet sine gewere, dat ist sin hus; ne hevet her des huses nicht, her tut ine zu also getame rechte, swar so man ine ankome, daz man in ufhalden sal vor die schult unde vor daz gewette; swer in ouch boven daz hildet, die wettet deme richtere.*

[2] Das Stadtrecht von 1219 39 (Keutgen 182) spricht von *burgensibus, qui proprias habent domos.* Noch in den Statuten ist nur der *hussittende man* in den echten Dingen dingpflichtig, vgl. S. 73 Z. 7; vgl. Zülzer in ZHarzVer. 43 (1910) 169. Vgl. im allgemeinen Alfr. Schultze in Hist. Z. 101 490; Planck I 63, 78; Planitz, ZRG. G. 34 57; speziell über Goslar Feine S. 11, 59; Bode, UB. II Einl. S. 57 f.

[3] Feine 59; vgl. 127, 128.

[4] Eine Zwischenstufe bildet die Bestimmung der Einigung von 1290, oben S. 378 Anm. 2.

[5] Eine Ratsverordnung von 1308 (UB. III no. 192 S. 132) bestimmt: *ut quicunque extrinsecus adveniens in civitatem Goslariam non sit burgensis in ipsa, quin prius veniens ad consules ab eis petat et conquirat una marca consortium ipsorum.* Stat. S. 107 Z.13. Feine 60, 107. Vgl. Rudorff, Rechtsstellung der Gäste S. 5.

[6] Vgl. Bode, UB. I Einl. S. 91 ff.; Feine 12. Ihre Namen bei Bode, UB. II Einl. S. 63 f.

[7] Vgl. Bode, UB. II Einl. S. 44 ff., 62 ff.; Feine S. 60 ff.

ihre Reste verschmolzen sich mit dem bürgerlichen Patriziat[1], welches aus den durch Handel und Gewerbe reich gewordenen Familien bestand. Dieses Patriziat war indessen kein geschlossener Kreis wie anderwärts; es erfuhr, wie insbesondere für das 14. Jahrhundert nachweisbar ist, ständig neuen Zuwachs aus den Vertretern des Handels und Bergbaues[2]. Maßgebend war also nur der Reichtum als solcher, nicht mehr allein an Grundstücken, sondern auch an mobilem Kapital. So war es jedem wirtschaftlich Tüchtigen möglich, das Patriziat zu gewinnen. Aber darüber hinaus war das Patriziat von der Bürgerschaft keineswegs durch eine so starke Kluft geschieden, wie in anderen Städten[3]. Der durch Handel, Bergbau und Gewerbe errungene Wohlstand ging bis in die weitesten Kreise der Bürgerschaft. So hatte das Patriziat schon im Ausgang des 13. Jahrhunderts den Gilden einen Anteil am Stadtregimente einräumen müssen[4]. Ja selbst die gildelose Masse der Bürger, die meinheit, wurde in den wichtigeren finanziellen Angelegenheiten der Stadt besonders im 14. Jahrhundert vom Rate der Stadt regelmäßig um ihre Genehmigung angegangen[5].

Die gemeinschaftlichen wirtschaftlichen Interessen in Handel und Bergbau haben die Goslarer Bürgerschaft besonders früh und besonders stark zu einer einheitlichen geschlossenen Masse zusammengeschweißt. Die Entwicklung ging dahin, die alten rechtlichen Ungleichheiten zu beseitigen, den Grundbesitzer wie den Grundbesitzlosen auch in prozessualer Hinsicht, soweit es mit den Zwecken des Prozesses vereinbar schien, rechtlich gleich zu stellen. Der erste Schritt wurde 1290 getan damit, daß der Hausfriedensschutz auf den grundbesitzlosen Mieter ausgedehnt wurde[6]. So war der im Prozeß ungehorsame und daher zweckbeschränkt friedlosgelegte Mieter in Zukunft in dem von ihm bewohnten Hause vor der Festnahme sicher in derselben Weise wie der Grundbesitzer auch: das alte Hausungsverbot war damit beseitigt. Das Ergebnis der Entwicklung liegt in den Statuten vor. Danach wird einmal auch gegen

[1] Die dazu gehörenden Familien zählt Bode, UB. II Einl. S. 65 ff. auf.

[2] Vgl. Feine S. 62 ff.

[3] Vgl. Feine S. 108, 151.

[4] Vgl. Feine S. 102 f., 111 f. Daher entging Goslar den fast überall im 14. Jahrhundert eintretenden schweren Zunftunruhen, Feine 151.

[5] Feine 103 f.

[6] Einigung 1290 (UB. II 418): *tam pauperi quam divites in ipsorum domibus firmam et consimilem habebunt pacem.*

den bloßen Mieter eines Hauses die Fronung angewendet[1]. Das war nötig, um dem Mieter als Höchstfrist die dem Grundansässigen gewährte Frist von Jahr und Tag zu setzen und weiter, um den Grundeigentümer zur Austreibung des overhörigen Mieters zu zwingen. Daß die Fronung aber auf diesen Fall übertragbar war, mag auf eine juristisch unklare Verquickung zweier Ideen zurückzuführen sein: des Gedankens eines eigentumsähnlichen Rechtes des Mieters am Mietsgegenstande während der Mietszeit[2] und sodann der Haftung des Grundeigentümers mit seinem Hause wegen der Hausung des Overhörigen[3]. Der zweite Fortschritt der Statuten liegt in der Übertragung der persönlichkeitsrechtlichen Folgen des Ungehorsams vom Nichtansässigen auf den Hauseigentümer. Sie wurde erleichtert durch die Tatsache, daß dem Gefronten ohnehin das Ein- und Ausgehen untersagt war[4], womit sich die Vorstellung verknüpfen konnte, daß das ungehorsame Verlassen des Hauses das Festnahmerecht für den Gläubiger begründe[5].

An der Overhöre der Statuten sind die Spuren dieses Entwicklungsprozesses noch deutlich festzustellen: er war noch nicht völlig abgeschlossen. Abgesehen davon, daß die Stellung des Grundansässigen im ordentlichen Prozeß eine andere war: seine Unterwerfung unter das Festnahmerecht des Gläubigers war eine rein formale, tatsächlich konnte er sie jederzeit durch eine bloße Anzeige illusorisch machen[6]; ihm ausschließlich kam in Wahrheit die Frist von Jahr und Tag zugute[7].

Dieses neue aus Fronungs- und Friedlosigkeitselementen bestehende Rechtsinstitut der Overhöre entwickelte im Verfahren gegen Ansässige wie Nichtansässige Wirkungen, die keinem der beiden Grundverfahren eigentümlich waren: ein Jahr und Tag währender Hausarrest, verbunden mit einem Jahr und Tag währenden Hausfrieden. Die bisherige

---

[1] Oben S. 356, 361.

[2] Vgl. die Buchsche Glosse zu Ssp. II 32 in Vermögensvollstreckung I 525 Anm. 74.

[3] Aus der Übertretung des Hausungsverbots ergab sich schon nach älterem Rechte die Möglichkeit der Fronung des vom Mieter bewohnten Hauses.

[4] Vgl. oben S. 372 Anm. 3.

[5] Tiefster Grund dieser Umbildung war, daß die zwischen Urteil und tatsächlicher Befriedigung liegende Frist von Jahr und Tag den wirtschaftlichen Verhältnissen nicht mehr entsprach, so daß ein sofortiger Zwang zur Befriedigung sich notwendig machte.

[6] Oben S. 362 f.

[7] Oben S. 361.

Literatur hat zur Charakterisierung der Overhöre immer nur die Wirkung des Hausarrestes hervorgehoben[1], womit häufig irrtümliche Anschauungen über das Wesen der Overhöre ihren Ausdruck fanden[2]. Aber auch soweit solche Irrtümer nicht hervortreten, ist doch nirgendwo bisher klar erkannt worden, daß der Hausarrest, verbunden mit Hausfrieden rechtsgeschichtlich in Wahrheit eine Overhörewirkung nur sekundärer Art ist[3]. Primäre Wirkung der Overhöre des Ansässigen ist allein Festnahmerecht und Konfiskation, der des Nichtansässigen Festnahmerecht und indirekter Zwang gegen den Vermieter zur Austreibung. Den Ansässigen bannt die Overhöre Jahr und Tag ins Haus, weil die Fronung ihren Konfiskationscharakter verlor, der somit gewährleistete Aufenthalt im Hause unter dem Hausfriedensschutze stand und auch blieb, als das hinzutretende Festnahmerecht den Overhörigen außerhalb des Hauses bedrohte. Den nichtansässigen Overhörigen trifft Hausarrest, weil die Grundbesitzlosen den Hausfrieden des ansässigen Overhörigen auch für sich durchgesetzt hatten[4], so daß der Vermieter den overhörigen Mieter nicht mehr auszuliefern brauchte, sondern ihm einen auf die Jahresfrist beschränkten Aufenthalt im Hause gewähren konnte. Der Hausarrest als rechtsgeschichtlich nur sekundäre Wirkung der Overhöre erscheint freilich schon zur Zeit der Statuten tatsächlich so im Mittelpunkte des Overhörerechts, daß eine Schuld, deren Verfolgung die Overhöre nicht nach sich zieht, dahin charakterisiert wird:

dar ne mach he nicht vore inne sitten.

Das beruht indessen zum guten Teile darauf, daß es sich um sofortige Exekution handelt, als deren Gegensatz die Overhöre gerade durch das

---

[1] So sieht Göschen S. 466, 470 im »insitzen« die hauptsächlichste Wirkung der Overhöre. Einzig die Wirkung des Hausarrestes heben auch hervor Frensdorff bei Schiller-Lübben II 372 und Frölich S. 97.

[2] So führt Kohler, Shakespeare 38, die Einführung der »Oberhöre« als des Arrests im eigenen Hause zurück auf die Tendenz, »die Privathaft zu mildern«. Ähnlich Planck II 276, wenn er sie als »eine gelindere Form der Schuldknechtschaft selbst« bezeichnet. — Ganz abwegig sind die Ausführungen von Horten, Personalexekution I S. 198 ff., worüber Vermögensvollstreckung I 81 Anm. 73.

[3] Einzig Albrecht, Gewere 51 hat für dieses Verhältnis das richtige Gefühl gehabt.

[4] Der Hausfriede hat auf Grundlage der Fronung in Goslar eine eminent weitgehende Wirkung gehabt: er kommt auch dem Verfesteten zugute; vgl. S. 60 Z. 25, Z. 7, S. 51 Z. 31, S. 60 Z. 5, dazu S. 60 Z. 10, Z. 29, ein Satz, der vom Meißener Rechtsbuch IV 21, 21 (Ortloff I 220) ausdrücklich abgelehnt wird.

Recht des Schuldners, in seinem Hause unantastbar zu sein, erscheinen mußte.

III. Ein starkes Argument für die Richtigkeit der geschilderten Entwicklungsgeschichte der Overhöre folgt aus der Gestaltung des zweiten Zwangsmittels des Schuldverfahrens in Goslar: der Pfändung[1].

Die Overhöre ist durchaus die Regel, die Pfändung die Ausnahme[2], die nur für die Vollstreckung weniger Schulden in Frage kommt[3]. Die Pfändung ist aber gegenüber der Overhöre auch die rechtsgeschichtlich weit jüngere, ja ihre Zulassung in Goslar gehört wohl erst dem 14. Jahrhundert an. In den Goslarer Rechtsquellen noch des ganzen 13. Jahrhunderts findet sich von der Schuldpfändung auch nicht eine Spur, denn die allein vorkommende außerprozessuale Zinspfändung[4] ist, da sie ihre besondere Geschichte hat[5], hier nicht in Frage zu ziehen.

Ist die Pfändung sonach gegenüber der Overhöre eine Neuerung, so hat sie doch andererseits weder in dieser noch in ihren Elementen: Friedlosigkeit oder Fronung ihren Ursprung. Die Pfändung ist keine modifizierte Overhöre[6]. Dafür, daß sie aus der Friedlosigkeit des Ungehorsamsverfahrens im Schuldprozesse hervorgegangen sei, fehlt jeder

---

[1] Auf den sonstigen Zwang in Fällen, für die der Hausarrest ausgeschlossen war, vgl. z. B. S. 23 Z. 28, S. 69 Z. 25, S. 97 Z. 8, kann hier nicht eingegangen werden.

[2] Dafür ist bezeichnend die Ausdrucksweise der Statuten, es liege hier eine Schuld vor, *dar he nicht vore inne sitten ne mach,* S. 77 Z. 14. Vgl. schon Albrecht, Gewere 46.

[3] Verbriefte Schuld S. 72 Z. 1 ff.; Kauf mit Barzahlungszusage S. 77 Z. 9 ff., vgl. S. 27 Z. 6 ff., S. 26 Z. 43 ff., Rückgabeanspruch gegen den Treuhänder, Pfandgläubiger S. 77 Z. 1 ff., S. 68 Z. 1 ff.; Ansprüche gegen den Erbschaftsbesitzer S. 5 Z. 22 ff.; Ansprüche aus der Haftung fernerer Erben S. 7 Z. 3 ff. usw. Vgl. noch S. 47 Z. 37 ff., S. 21 Z. 24 ff., S. 26 Z. 10 ff., S. 66 Z. 11 ff., S. 101 Z. 10 ff.; S. 77 Z. 24, 26 ff.

[4] Bergordnung 1271 25 (UB. II 219). — Das im Stadtr. 1219 44 und 49 (UB. I 411) vorkommende *pandare* betrifft Arrest.

[5] Vgl. Vermögensvollstreckung I 305 ff., insbesondere 310 zu Anm. 51.

[6] So Planck II 279. Der der Pfändung folgende Zugriff auf die Person ist ihm eine versteckte Form der Overhöre, da hier unter Aufhebung des Hausfriedens die Festnahme auch in der Wohnung erfolgen kann. Die Pfändung aber erfolgt, weil man den Pfandsetzungswillen des von der Schuldhaft bedrohten Schuldners suppliert. Planck stellt also seiner Theorie der prinzipiellen Personalexekution zuliebe auch hier die ganze Sache auf den Kopf. Er verkennt, daß die Pfändung auch gegen den ausdrücklich ausgesprochenen Willen des Schuldners durchgesetzt wird. Vgl. auch ZRG. G. 34 51 f.

Anhalt. Aber die Pfändung ist auch keine modifizierte Fronung: sie ist ihr Gegensatz. Gepfändet werden kann nur des Schuldners Fahrhabe; ist diese erschöpft, so findet keine Vollstreckung in die Liegenschaften statt[1]: es erübrigt allein noch der Zugriff auf die Person des Schuldners durch Überantwortung in die Schuldhaft[2].

Die Pfändung des Goslarer Rechts entspricht in ihrer Gestaltung völlig der mittelalterlichen Pfändung, die sich auf der Grundlage der außerprozessualen Pfändung entwickelt hat. Zwar ist, soweit die Statuten erkennen lassen, der Pfändung immer ein Schuldprozeß voraufgehend gedacht[3]; auch im Kontumazialverfahren wird sie angewandt[4]. Aber das entspricht nur der hochmittelalterlichen Entwicklung Innerdeutschlands[5]. Die Statuten sprechen von panden, utpanden[6]. Zwar

---

[1] Der eigenmächtigen Pfändung um Hauszins folgt eine gerichtliche Liegenschaftsübereignung an den Zinsherrn, S. 21 Z. 1 ff. Aber diese ist eine Fortbildung des Privationsverfahrens: ein Verfahren um Gut, nicht um Schuld; vgl. Vermögensvollstreckung I 305.

[2] So bei der Eintreibung einer kundlichen Schuld, S. 72 Z. 1 ff.: *Ne vint he aver uppe dem sineme nicht to pandene, so mach de richtere ene selven deme kleghere antworden vor de scult.* Weiter bei der Rechtsverfolgung aus einem Treuhandvertrag, S. 77 Z. 1 ff.: *Ne hevet he uppe siner were so vele nicht eghenes, dat men dat utpanden moghe, de rat unde de voghet scolen ene van der were deme kleghere antwarden.* Im allgemeinen gilt für die Pfändung, S. 77 Z. 13 ff.: *scal de rat mit deme voghede — eme van der were des sines also vele nemen, dat men de klaghe mede irlegke. Ne is des dar so vele nicht, so scolen se ene van der were nemen unde ene to rechtem antwarde bringhen deme kleghere.* — Vgl. schon Albrecht' Gewere 47 Anm. 91.

[3] Vgl. z. B. S. 72 Z. 1 ff. für die verbriefte Schuld: *wert he na dar umme sculdighet unde bekant he sines breves oder wert he des vortüghet mit des voghedes breve unde mit dinghlüden, vor de scult ne mach he nicht inne sitten unde de voghet mach ene dar vore panden mit des rades orlove in sinem hus.*

[4] S. 77 Z. 13: *Ne mach men enne vor ghērichte nicht bringhen umme sodane sake, dar he nicht vore inne sitten ne mach, alse men in dissem boke bescreven vindt, deme scal de voghet dat kündighen to huse unde to hove, dat he vor gherichte kome to antwarde umme de sake, wan he dar nicht inne sitten ne moghe.* Also eine Erklärung wie vor Verhängung der Overhöre im Kontumazialverfahren, oben S. 371 f. und Anm. 5.

[5] Vgl. Vermögensvollstreckung I 380 ff.

[6] S. 72 Z. 6, S. 77 Z. 7; ebenso bei der eigenmächtigen Pfändung um Hauszins S. 21 Z. 1; S. 22 Z. 1, 2, 8, 15 usw.

pfändet der Vogt[1], aber seine Pfändung ist Pfandhilfe[2]. Der Ratserlaubnis zur Pfändung bedarf es[3], weil der Rat der Gerichtsherr ist[4], der allein das Recht hat, den Hausfrieden der Bürger zu brechen[5]. Der Rat läßt also nicht vollstrecken aus eigenem Rechte, sondern er kommt dem Gläubiger nur zur Durchführung seines Rechtes mit den ihm zustehenden Machtmitteln zu Hilfe[6]. Dementsprechend wird auch an dem gepfändeten Gegenstande nicht für den Vogt oder den Rat Eigentum erworben, damit er seinerseits den Gläubiger befriedige[7]; dieser selbst erhält vielmehr sogleich den Pfandgegenstand zur Pfandvollstreckung[8]. Endlich treten unter den Schulden, wegen deren dem Gläubiger die Pfändung gestattet ist, gerade solche hervor, die anderwärts durch eine bevorzugte Pfändung beigetrieben werden, wie insbesondere für die verbrieften Schulden[9], die Schuld aus Kauf mit Barzahlungszulage nachweisbar ist[10].

---

[1] S. 72 Z. 1 ff. oben S. 384 Anm. 2, 3, S. 77 Z. 13 oben S. 384 Anm. 2. Die hier erwähnte Anwesenheit des Ratsboten war bei der Pfändung selbst nicht wesentlich, wohl aber bei der Übergabe in Schuldhaft, S. 77 Z. 20 ff.

[2] Pfändung aus Barzahlungsversprechen beim Kauf, S. 77 Z. 9 ff.: *dat scal de rat deme kleghere helpen dwinghen.* Rechtsverfolgung aus Treuhandvertrag, S. 77 Z. 1 ff.: *De voghet unde de rat scolen deme kleghere helpen, dat ime sin scade irleghet werde.* Vermögensvollstreckung I 470 ff.

[3] S. 72 Z. 5: *de voghet mach ene dar vore panden mit des rades orlove.* Darum soll auch der Rat *mit deme voghede sine boden dar to senden —,* S. 77 Z. 18.

[4] Der Rat von Goslar erwarb 1290 die Reichsvogtei, Bode, UB. II Einl. S. 4 ff., 43; Niese, Die Verwaltung des Reichsgutes im 13. Jahrhundert (1905) S. 184; Frölich S. 46. 1348 erwarb er weiter die kleine Vogtei. Bode, UB. IV Einl. S. XVII f.; Frölich S. 50 f.

[5] So konnte z. B. der Rat allein die Haussuchung wegen Verbrechen gestatten, S. 50 Z. 18 ff., 22 ff.; vgl. Z. 14 f. Hierüber Frölich 88 ff.; Feine 138 f. — Unrichtig ist aber die Behauptung Plancks II 249, die regelmäßige Unzulässigkeit der Pfändung hinge mit dem Hausfrieden zusammen: die Pfändung wird eben jetzt erst neu aufgenommen.

[6] Vermögensvollstreckung I 468 ff.

[7] So bei der Pfändung des Ssp. I 53 § 3.

[8] Vgl. S. 77 Z. 13 ff. oben S. 384 Anm. 2. — Über die Einzelheiten der Pfandvollstreckung sind wir nicht unterrichtet.

[9] S. 72 Z. 1 ff.: *Is en man scult sculdich, dar he sinen bref up ghift, oder dat de voghet beseghelet, dat he der scult bekant hebbe in richtes stat.* — Vgl. Vermögensvollstreckung I 223 ff.

[10] S. 77 Z. 9: *Wat en koft umme rede ghelt, dar ne mach he nicht vore inne sitten. dat scal de rat deme kleghere helpen dwinghen.* — Vgl. Vermögensvollstreckung I 297 ff.

Ist die Pfändung eine Spielart der außergerichtlichen Pfändung, so wird verständlich, daß sie den älteren Goslarer Quellen noch unbekannt sein mußte. Denn im ostsächsischen Rechte hielt man das karolingische Pfändungsverbot fest, was eben durch eine intensive Ausgestaltung der Fronung ermöglicht wurde[1]. Aber den wirtschaftlichen Anforderungen des städtischen Lebens im Hochmittelalter genügte die Fronung mit ihren Fortbildungen nicht mehr. Die Overhöre mit ihrer langen Frist von Jahr und Tag erschien als eine lästige Bevorzugung des säumigen Schuldners, und wenn die grundbesitzlose Masse dieses Privileg der Grundbesitzer neidvoll für sich erstrebte und teilweise errang, so wußten andererseits die Grundbesitzer, die d i v i t e s, die ja regelmäßig im Schuldverhältnis die Gläubiger waren, der Verallgemeinerung dieses Vorrechts die gefährliche Spitze abzubrechen, indem sie für Schulden, die schleuniger Exekution bedurften, die Pfändung zur Einführung brachten[2]. Das war um so naheliegender, als die Pfändung in der kleinen Vogtei, unter der bergmännischen Bevölkerung vornehmlich fränkischer Abstammung, wohl immer in Gebrauch gewesen war[3]; denn die Pfändung gehörte gerade zu ihren Rechtseinrichtungen, deren Fortbewahrung sie sich 1290 sicherten[4]. Für das Gericht des kleinen Vogts blieb es insoweit beim alten Recht; für das Gericht des großen Vogts fand die Rezeption der Pfändung aus dem Rechte der fremden Ansiedler statt[5].

---

[1] Vgl. Vermögensvollstreckung Bd. II.

[2] Andererseits setzten die Mieter durch, daß der Regreßanspruch des Mieters gegen den Vermieter wegen einer über den schuldigen Mietzins hinausgehenden Pfändung durch den am Mietshause Zinsberechtigten unter Ausschluß des *innesitten* geltend zu machen waren, S. 21 Z. 24 ff.

[3] Das Forstding auf dem Harz zu Goslar verfügt die Pfändung im Kontumazialverfahren um jede Schuld, 12 (Grimm III 267).

[4] Oben S. 377 zu Anm. 8.

[5] Auch auf das Familiengüterrecht Goslars hat das Recht der bergmännischen Bevölkerung großen Einfluß gehabt; vgl. R. S c h r ö d e r, Geschichte des ehelichen Güterrechts 2, 3, S. 69 ff., 187 ff., 299, RG.[5] 701.

Landfolge und Gerichtsfolge im fränkischen Recht.

Ein Beitrag zur Lehre vom fränkischen Untertanenverband.

Von

Hans Fehr.

I.

DAS fränkische Recht hat drei Untertanenpflichten ausgebildet, die sich zum Teil untereinander enge berühren, zum Teil weit voneinander abweichen: die Heerfolge, die Landfolge und die Gerichtsfolge. Die Heerfolge enthält die Pflicht zur Teilnahme an einem eigentlichen Heereszuge. Der Heereszug ist der Angriffskrieg. Die Landfolge schließt die Pflicht ein zur Teilnahme an der Landesverteidigung. Die Defensio patriae wird verlangt. Sie tritt in Erscheinung, wenn die Aktion vom Gegner ausgeht, wenn also der Feind die Grenzen bereits überschritten hat oder unmittelbar ins Land einzufallen droht. Die Gerichtsfolgepflicht endlich ist gegeben, wenn eine Missetat verübt worden ist. Die Quellen erwähnen namentlich Raub und Diebstahl. Die Pflichtigen werden aufgeboten, Diebe, Räuber und andere Verbrecher zu verfolgen und festzunehmen.

Diese drei Verpflichtungen haben das Gemeinsame, daß sie Untertanenpflichten darstellen. Der einzelne leistet sie als Mitglied des fränkischen Untertanenverbandes. Das öffentlichrechtliche Verhältnis, in dem der Untertan zum fränkischen Staate, zum fränkischen König steht, löst die Verpflichtung aus. Und ferner sind alle drei Pflichten, Pflichten der waffentauglichen Personen. Waffentauglich ist der Mann, der körperlich imstande ist, eine Waffe zu führen. Bei der Heer- und Landfolge versteht sich dies von selbst. Aber auch bei der Verfolgung von Verbrechern ist anzunehmen, daß nur Personen herangezogen wurden, welche tatsächlich die Fähigkeit besaßen, dem Verbrecher oder der verbrecherischen Schar, die sich zur Wehr setzte, mit der Waffe in der Hand entgegenzutreten. Der Waffentaugliche braucht kein Waffenfähiger zu sein. Die Waffenfähigkeit ist ein Rechtsbegriff. Sie ergreift die Personen, die von Rechts wegen befähigt sind, eine Waffe überall zu tragen und zu führen, wo die Rechtsordnung das Waffentragen nicht ausdrücklich verbietet. Diese Waffenfähigkeit besitzt im fränkischen Reiche, wie bekannt, grundsätzlich nur der freie Mann. Daher kann das gemeinsame Merkmal für Heer-, Land- und Gerichtsfolge nur die Waffentauglichkeit, nicht die Waffenfähigkeit sein.

Vielmehr wird, wie sich nachher ergibt, Waffenfähigkeit nur bei den ersten beiden Pflichten vorausgesetzt. Die Gerichtsfolge dagegen ergreift alle waffentauglichen Leute. Ferner unterscheiden sich die drei Verpflichtungen in den Voraussetzungen, die im Einzelfalle die Pflicht zur Auslösung bringen. Verschieden sind auch die Personen, die das Aufgebot erlassen können, verschieden endlich die Rechtsfolgen, welche sich an die versäumte Verpflichtung anknüpfen.

Zwei Institute seien im folgenden näher berührt: die Landfolge und die Gerichtsfolge. Gerade bei ihnen sind die ungleiche Rechtsnatur und deren Äußerungen bis jetzt nicht voll erkannt worden. Landfolge und Gerichtsfolge werden von der Wissenschaft nicht mit der Schärfe geschieden, mit welcher die Quellen das Bild kennzeichnen[1].

Um die Landfolgepflicht in ein klares Licht zu rücken, ist zunächst ein Vergleich mit der Heerfolgepflicht notwendig. Vor allem muß die Frage beantwortet werden: umschlossen Heerfolge und Landfolge den gleichen Personenkreis? War der Landfolgepflichtige auch heerfolge-

---

[1] So sagt z. B. Baltzer (Zur Geschichte des Deutschen Kriegswesens in der Zeit von den letzten Karolingern bis auf Kaiser Friedrich II., 1877) S. 1: »Die Waffentätigkeit . . . des weitaus größten Volksteiles beschränkte sich auf die sogenannte Landfolge, d. h. die Leute hatten, wenn das Gerüfte erhoben war, bewaffnet zu erscheinen und bei der Verfolgung von Friedensbrechern aller Art sich zu beteiligen.« Und zum Beweis zitiert er u. a. eine Urkunde aus dem Ende des 11. Jahrhunderts (Anm. 1), in der es heißt: »si furtum acciderit aut rapina aut patriae bellum ingruerit et clamor more patriae exortus fuerit, armati omnes insequantur.« Gerade diese Norm liefert aber einen trefflichen Beleg für die Verschiedenheit von Landfolge und Gerichtsfolge, die noch im 11. Jahrhundert bestand. Verteidigung des Vaterlandes war die Landfolge, die Verfolgung von Dieben und Räubern die Gerichtsfolge.

Ebenso irreführend ist es deshalb, wenn Baldamus, Das Heerwesen unter den späteren Karolingern (Gierke, Unters. IV, 51, Anm. 70) auf dieses Zitat Baltzers verweist, um den Namen Landfolge zu erklären. Auch Prenzel, dessen Dissertation überall Verwertnng gefunden hat (Beiträge zur Geschichte der Kriegsverfassung unter den Karolingern von der Mitte des 8. bis zum Ende des 9. Jahrhunderts, Leipzig 1887, S. 47), verwechselt Landfolge und Gerichtsfolge. Er stützt sich zum Beweise der Landfolgepflicht aller Einwohner, auch der Unfreien, auf ein Zitat (Mon. Germ. Leg. IV 556 Leges Widonis v. 891 c. 2), welches ganz typisch die Gerichtsfolge im Auge hat. Vgl. unten S. 406. Auch im Capitulare Missorum von 802 c. 34 (Boretius I 97) kann ich mit Prenzel a. a. O. 47 Anm. 52 keine Landfolge, sondern die Heerfolge erkennen. Ebenso in Boretius I 141 c. 3 u. I 139 c. 1. Endlich bringt Waitz, V. G. IV² für die Landfolgepflicht der Leute Stellen bei, die sich auf die Gerichtsfolge beziehen. 575 Anm. 3.

pflichtig und umgekehrt? Oder war der Kreis der Verpflichteten zur Landfolge nicht weit größer als der Kreis der Heerfolgepflichtigen? Die herrschende Meinung beantwortet die letztere Frage mit ja. Sie geht von der Anschauung aus, an der Defensio patriae hätten alle Einwohner ohne Ausnahme, also alle Waffentauglichen, teilnehmen müssen. Die Landfolgepflicht habe sich auf Freie und Unfreie, selbst auf die Geistlichen erstreckt[1]. Schon eine Nachprüfung dieser Ansicht muß von großem Interesse sein. Denn in welch merkwürdigem Lichte erscheint uns der fränkische Untertanenverband, wenn wir neben den freien auch die halbfreien und unfreien Elemente sich beteiligen sehen an einer der großartigsten Untertanenpflichten, an der Verteidigung des Vaterlandes! Wir würden ja damit stillschweigend eingestehen, daß der Unfreie in wichtiger staatsrechtlicher Hinsicht als Vollbürger, als vollberechtigter und vollverpflichteter Volksgenosse angesehen worden war.

Aber nicht nur diese Frage will ich, bei dem freilich nur spärlichen Quellenmaterial, zu lösen versuchen. Es sollen die tiefgreifenden prinzipiellen Unterschiede von Land- und Gerichtsfolge klargelegt und im einzelnen auf die Stellung der Senioren und der Grafen im Bereiche beider Institute aufmerksam gemacht werden. Endlich sei ein Blick auf die Teilnahme der Geistlichen und auf die Verschiedenheit der Strafen bei versäumter Land- oder Gerichtsfolge geworfen.

Betrachte ich die Einrichtungen zunächst für sich, so stelle ich sie nachher einander gegenüber, beide einreihend in eine höhere juristische Einheit. In einem Anhang spreche ich mich über den Begriff des Vaterlandes, der patria, aus.

---

[1] Prenzel erklärt a. a. O. S. 46f., alle, auch die von der Heerpflicht Ausgeschlossenen, wie die Knechte, seien in den unmittelbar bedrohten Gebieten landfolgepflichtig gewesen. Auch Brunner, RG. II[1], S. 215 scheint sich dieser Auffassung anzuschließen, wenn er sagt: Zur Verteidigung des Landes gegen feindliche Einfälle waren alle verpflichtet, selbst die Geistlichen nicht ausgenommen. Ebenso Waitz, V. G. IV[2], S. 574f. Vgl. besonders die Bemerkung in Anm. 3 S. 575, daß sich auf diese Weise die Teilnahme der Liten und Knechte erklären lasse. Ebenso Schröder RG.[5], S. 158, der »alle Einwohner ohne Ausnahme« für pflichtig erklärt, in Note 2 vorher aber sagt: »Unfreie und Hörige waren in manchen Gegenden landfolgepflichtig.« Welche und wie viele Gegenden er im Auge hat, geht aus der Darstellung nicht hervor. Vermutlich denkt er an die Küstengebiete, worauf unten S. 396f. eingegangen wird. v. Gierke, Genossenschaftsrecht I, S. 105 und 107 nimmt dagegen für die Landwehr nur das freie Volk in Anspruch.

II.

Zuerst sei eine Quelle angeführt, welche uns deutlich zeigt, daß im fränkischen Recht zwischen Heerfolge und Landfolge scharf unterschieden wurde. Es ist die Adnuntiatio Karoli von 847, welche für alle drei Teilreiche galt[1]: Et volumus, ut cuiuscumque nostrum homo, in cuiuscumque regno sit, cum seniore suo in hostem vel aliis suis utilitatibus pergat; nisi talis regni invasio, quam lantweri dicunt, quod absit, acciderit, ut omnis populus illius regni ad eam repellendam communiter pergat. Dazu die Note, die Baluze und Pertz und nun auch wieder Boretius-Krause aus zwei Pariser Codices aufgenommen haben und welche lautet: Et quia in hostem aut propter terram defendendam aut propter terram adquirendam itur, de lantweri, id est de patriae defensione, non aliter nisi secundum istum modum in lege aut in capitulis imperatorum scriptum habemus, nisi in anterioribus capitulis de pauperibus Francis, qui, si non habent, unde heribannum persolvant, ut se in servitium regis tradant, et tamdiu in eodem servitio maneant, usque dum ille heribannus fiat persolutus. Et si mortuus fuerit in eodem servitio, heredes eius suam hereditatem recipiunt, et nec de libertate nec de ipso banno obnoxii fiant. Similiter in posterioribus capitulis de pauperibus Francis ibidem scriptum invenimus, ut unusquisque comes describat, quanti sint in suo comitatu, qui per se hostem facere non possunt, ut alios adfanniant, sicut ibi scriptum est.

Die Landfolge ist also, im Gegensatz zur Heeresfolge, der Dienst, der gefordert wird, um das Staatsgebiet zu verteidigen oder verloren gegangenes Staatsgebiet zurückzugewinnen[2]. Die Landfolge hat einen feindlichen Einfall zur Voraussetzung. Die Landfolge ist Vaterlandsverteidigung. Die Landfolge ist Königsdienst. Die Verletzung der Landfolgepflicht wird mit einer Vermögensstrafe geahndet, subsidiär mit Verknechtung an den König. Der Ausgebliebene muß sich mit seinem Vermögen dem König tradieren, bis die Bannbuße[3] bezahlt ist. Die

[1] Boretius-Krause, Capitularia II, S. 71 c. 5.

[2] So übersetze ich propter terram adquirendam. Die nachfolgenden Worte patriae defensio lassen es nicht zu, dabei an einen Eroberungskrieg zu denken.

[3] Das Capitulare sagt nicht, daß der Ausgebliebene die Heerbannbuße, also 60 Sol. bezahlen müsse. Es spricht gar nicht von der Höhe der Buße, sondern nur von der Art der Haftung bei Armut des Schuldigen (Secundum istum modum) Deshalb soll nicht gesagt sein, daß für die versäumte Landfolgepflicht nicht auch 60 Sol. entrichtet werden mußten.

Landfolgepflicht ist eine Freienpflicht. Stirbt der Tradierte in der Knechtschaft, so sollen seine Erben nicht darunter leiden. Die Knechtschaft des Erblassers beeinträchtigt weder die Freiheit der Erben noch verhaftet sie die Erbschaft. Der verstorbene Landfolgepflichtige gehört also einem freien Geschlechte an. Endlich ist die Landfolgepflicht eine allgemeine, direkte Untertanenpflicht. Der populus, das ganze Staatsvolk nimmt daran teil. Das Seniorat spielt keine Rolle. Der Senior hat sich nicht zwischen den Volksgenossen und den König hineinzuschieben vermocht. Die unmittelbare Verbindung des Volkes mit dem Königtum ist im Bereiche der Landfolge erhalten geblieben, im Bereiche der Heerfolge dagegen verloren gegangen.

Andere Quellen ergänzen diese Erkenntnis nach wichtigen Seiten. Zunächst noch ein Capitulare, welches den Dualismus von Heerfolge und Landfolge aufweist. Das Edictum Pistense von 864 Juni 25[1]: Ut iuxta regium capitulare, quod domnus et genitor noster anno XVI. regni sui capitulo VII. constituit, comites vel »missi nostri diligenter inquirant, quanti homines liberi in singulis comitatibus maneant, qui per se possunt expeditionem facere, vel quanti de his, quibus unus alium adiuvet, quanti etiam de his, qui a duobus tertius adiuvetur vel praeparetur, necnon de his, qui a tribus quartus adiuvetur et praeparetur, sive de his, qui a quatuor quintus adiuvetur et praeparetur, ut expeditionem exercitalem facere possint, et eorum summam ad nostram notitiam deferant«; ut illi, qui in hostem pergere non potuerint, iuxta antiquam et aliarum gentium consuetudinem ad civitates novas et pontes ac transitus paludium operentur et in civitate atque in marca wactas faciant; ad defensionem patriae omnes sine ulla excusatione veniant. Et qui de talibus hostem dimiserint, heribannum iuxta discretionem, quae in progenitorum nostrorum tertio libro capitulorum, capitulo XIV. continetur, persolvant. Et qui ad defensionem patriae non occurrerint, secundum antiquam consuetudinem et capitulorum constitutionem iudicentur[2].

Wiederum sind es nur freie Leute, welche die Norm im Auge hat. Die Worte omnes sine ulla excusatione besagen nicht, alle Einwohner ohne Ausnahme seien landfolgepflichtig. Die Norm zieht nur diejenigen zur Landfolge heran, die zwar heerfähig, aber aus einem bestimmten

---

[1] Boretius-Krause II, S. 321 c. 27.

[2] Die gesperrt gedruckten Stellen sind von mir hervorgehoben.

Grunde nicht dienstpflichtig waren [1]. Dieser Unterschied von Fähigsein und Verpflichtsein entfällt bei der Landfolge. Jeder Heerfähige ist landfolgepflichtig [2]. Alle liberi hominns sind landfolgepflichtig. Aber auch nur diese.

Das Capitulare läßt ferner erkennen, daß die Strafe für versäumte Landfolge anders war als für versäumte Heerfolge. Es verweist für die Heerbannbuße auf ein früheres Capitulare, während es bei der Landfolgestrafe auf alte Gewohnheit und alte Bestimmungen der Capitularien hindeutet [3]. Die Heerbannbuße war zeitlichen Schwankungen unterworfen [4], dagegen stand die Landfolgestrafe seit alten Zeiten gleichmäßig fest. Wir besitzen zwei Capitularien, welche diese Strafe normieren. Das eine ist von 822/23, das andere von 891. Wiewohl das zweite relativ spät ist, dürfen wir, nach dem eben Gesagten, die Bestimmung doch wohl als altes Recht in Anspruch nehmen. Das eine ist ein italienisches Capitulare, die Memoria Olonnae comitibus data [5] und lautet im Cap. 18: Quicumque enim liber homo aut a comite suo admonitus aut ad ministris eius ad patriam defendendam ire neglexerit, et exercitus supervenerit ad istius regni vastationem vel contrarietatem fidelium nostrorum, capitale subiaceat sententiam. Similiter observandum: si vocati fuerint, auditum inimicorum nostrorum adventum, et ita contigerit, quod hoste non supervenerint, hii qui vocati fuerint et venire noluerint unusquisque secundum legem suam hoc emendet.

Das andere ist eine Capitulare Widos, Papiense legibus addendum [6] und lautet in Cap. 4: Si igitur ex precepto imperiali comes loci ad

---

[1] Über diesen Unterschied Brunner R.G. II [1], S. 204 ff. Vom Heerdienst dispensiert, wiewohl heerfähig, waren z. B. auch die Wolfsjäger, die jeder Vicarius zu halten verpflichtet war. Prenzel a. a. O. S. 46 Anm. 48 meint, sie seien auch von der Landfolgepflicht entbunden gewesen. Aber das ist unrichtig. Die Worte: nisi clamor super eum eveniat im Capit. Aquisgr. von 801–813 (Boretius I, S. 171 c. 8) dürfen nicht auf die Landfolge bezogen werden. Clamor bedeutet dort nicht das Waffengeschrei, sondern die Klage vor Gericht, wie aus cap. 13 deutlich hervorgeht.

[2] Auch in der Epistola generalis von 828 Dez. (Boretius-Krause II 5 Lit. A) heißt es: ut omnes homines per totum regnum, qui exercitalis itineris debitores sunt, bene sint praeparati zur Landfolge. Es droht ein Einfall der Feinde.

[3] Auch in der Adnuntiatio Karoli regis von 869 (Boretius-Krause 337) c. 3 wird die ganze Landfolgeverpflichtung auf alte Gewohnheit zurückgeführt.

[4] Vgl. Brunner, RG. II [1], S. 213.

[5] Boretius I, S. 319.

[6] Boretius-Krause II, S. 108, 891. Mai 1.

defensionem patriae suos aerimannos hostiliter properare monuerit aut per se aut per suos missos, si aliquis eorum remanserit exceptis his, quos episcopus in sua elegerit necessitate aut comes dimittere voluerit, nisi aliquis sunnis et ceteris inpedimentis, quae legibus continentur, detentus fuerit, widrigildum suum componat. Et hoc nullus comitum aut actor publicus potestatem habeat exigendum, nisi missus de palatio imperatoris.

Landfolgestrafe ist also das Wergeld[1] des Ausgebliebenen. Hat der feindliche Einfall zu Verwüstungen und anderen Schädigungen der Volksgenossen geführt, so ist Todesstrafe die Folge des Ausbleibens[2].

Eine Reihe anderer Quellen ist herangezogen worden, um den Beweis eines Aufgebots aller Einwohner zu erbringen. Aber auch diese halten einer kritischen Betrachtung nicht stand. Wenn es in den Capitula de causis diversis von 807[3] (?) heißt, daß bei der Landesverteidigung gegen die Sorben alle Sachsen insgesamt (omnes generaliter) zu erscheinen hätten, so soll damit nur der Gegensatz zu der vorangegangenen Bestimmung dargetan werden. Nach dieser mußten bei Heereszügen in die spanischen und avarischen Gebiete je fünf Mann einen sechsten und gegen die böhmischen Gebiete je zwei Mann einen dritten zum Zuge ausrüsten. — Ebensowenig kann aus dem Capitulare Missorum Silvacense von 853 ein Schluß gezogen werden[4]. Dort wird der Befehl an alle (omnibus) gerichtet. Es sollen alle gerüstet sein zur Verteidigung der Kirche und des Staatsgebietes. »Alle« wird ausgedrückt mit cuncti und mit omnes, Ausdrücke, aus denen auf einen Kreis von Verpflichteten mit juristischer Bestimmtheit nicht geschlossen

---

[1] Es ist völlig verfehlt, wenn Baldamus, Das Heerwesen unter den späteren Karolingern (v. Gierke, Unters. IV, S. 38) die zweitgenannte Norm auf die Heerfolge bezieht. Er kann dies nur mit Hilfe einer gekünstelten Erklärung.

[2] Die Worte »secundum legem suam« im ersten Capitulare dürfen nicht so aufgefaßt werden, als wäre in diesem Falle das Stammesrecht, nach erfolgtem Einfall des Feindes dagegen das Reichsrecht maßgebend. Die Worte sind vielmehr so zu verstehen, daß bei nicht erfolgtem Einfall der Ausgebliebene bestraft werden soll in der Höhe des Wergeldes, welches das einzelne Stammesrecht fixiert. Nur in dieser Richtung ist die Strafe stammesrechtlich differenziert.

[3] Boretius I, S. 136 c. 1. Ob mit Prenzel a. a. O. S. 46 Anm. 44 das Cap. 4 des Capitulare Minorum Italicum (Boretius I, S. 206) hierher gezogen werden darf, ist mir zweifelhaft. Aber selbst, wenn es sich dort um die Landfolge handelt, ist es für unsere Frage völlig farblos.

[4] Boretius-Krause II, S. 273 c. 10.

werden kann. Die Norm ist nur insofern interessant, als neben der Vaterlandsverteidigung auch die Beschirmung der Kirche Erwähnung findet[1]. Sie spricht eine deutliche Sprache für die damalige Einheit von Staat und Kirche.

Ergaben somit alle positiv sprechenden Quellen[2], daß nur freie Leute zur Landfolge verpflichtet waren, so scheint ein Zeugnis aus dem Küstengebiete dieser Auffassung zu widersprechen. Es ist ein Capitulare aus dem Anfang des Jahres 802[3], das lautet:

De liberis hominibus qui circa maritima loca habitant: si nuntius venerit, ut ad succurrendum debeant venire, et hoc neglexerint, unusquisque solidos viginti conponat, mediaetatem in dominico, medietatem ad populum. Si litus fuerit, solidos quindecim conponat ad populum et fredo dominico in dorso accipiat. Si servus fuerit, solidos X ad populum et fredo dorsum.

Waitz[4] erklärt, unter Hinweis auf diese Bestimmung, die Abwehr der Feinde von der See her sei eine allgemeine Verpflichtung, wie die Landesverteidigung überhaupt, gewesen. Freie, Liten und Knechte hätten darnach an dieser Art der Landfolge teilgenommen. Aber Brunner hat mit Recht Widerspruch erhoben[5]. Er bezieht die Norm nicht auf eine Verteidigung gegen Menschen, sondern auch eine Verteidigung gegen Naturgewalten. Sie enthalte eine Pflicht zur Hilfeleistung beim Küstenschutz. Am nächsten liege »eine von der Gemeinde angesagte Hilfeleistung zu Deichbauten[6]«. Diese Ansicht möchte ich dahin ergänzen. Man wird an Dammeinbrüche zu denken haben. Das Capitulare setzt die Notwendigkeit raschen Handelns voraus. Ein Bote kommt und fordert zu eiliger Unterstützung auf. Eine Notlage scheint gegeben,

---

[1] Ebenso im Edictum Pistense von 864 Juni 25 (Boretius-Krause II, S. 327 f. cap. 37), wo noch die Verteidigung des christlichen Glaubens beigefügt wird.

[2] Die von Waitz, VG. IV[2] S. 615 gesammelten Stellen, welche sich speziell auf den Schutz der Marken, auf die Grenzverteidigung beziehen, zeigen keine Abweichungen von den hier gefundenen Grundsätzen.

[3] Boretius I, S. 100, c. 13b.

[4] VG. IV[2], S. 616. Die Literatur über diese sehr bestrittene Stelle bei Sickel in Götting. gel. Anz. 1896, S. 290 Anm. 2. Bei Julius v. Gierke in der Geschichte des deutschen Deichrechts, I. Teil (O. v. Gierke, Untersuchungen, Heft 63) habe ich über diese Stelle nichts gefunden.

[5] RG. II[1], S. 233.

[6] A. a. O. S. 233 Anm. 45.

die doch am ehesten als Einbruch der See über einen zerstörten Damm verstanden werden kann.

Ferner: der Anteil der Gemeinde an der Komposition bliebe unerklärt, wenn es sich um die Landfolge handelte. Bei der Landesverteidigung ist uns nicht ein einziges Mal eine solche Teilung der Buße zwischen König und Volk entgegengetreten. Warum sollte dies hier der Fall sein, bei der Küstenverteidigung? Ein Grund dazu liegt nicht vor. Leicht aber erklärt sich dieser Anteil des Volkes, wenn man den Dammeinbruch annimmt. Er erklärt sich aus dem Prinzip der Gesamthaftung, einer Haftung, welcher alle Deichbewohner unterlagen. Wer haftete, genoß auch Anteil an der verwirkten Buße eines Genossenschaftsgliedes, das die Hilfe versagte.

Somit vermag auch diese Norm die Ansicht von der Beschränkung der Landfolge auf freie Leute nicht zu erschüttern. Nur eine Ausnahme ist von dem gefundenen Prinzipe zu machen. Halbfreie und Unfreie, welche die Stellung eines Ministerialen oder eines Vassallen einnahmen, zählten zu den waffenfähigen Leuten. Sie schwuren den Untertaneneid[1] und durften als Volksgenossen die Lanze tragen, die sonst ausdrücklich den Freien vorbehalten war. Sie waren daher heerfähig und als Heerfähige landfolgepflichtig. In diesem Umfange, aber nur in diesem nahmen an der Landfolge neben den Freien auch unfreie und halbfreie Elemente teil. Staatsrechtlich gesprochen bedeutet deren Aufnahme in die Landfolge keine Besonderheit. Denn mit der Zulassung zum Fidelitätseide war deren Stellung als volle Staatsbürger anerkannt. Die durch den Eid bekräftigten Untertanenpflichten banden sie somit wie die freien Leute. Von den übrigen Liten und Servi, die das Heer als Troßknechte oder Diener ihres Herrn begleiteten[2], gilt dies nicht. Sie erlangten durch diese rein tatsächliche Anteilnahme an einem Heereszuge kein Waffenrecht, traten nicht in den Untertanen-

[1] Boretius I, S. 67. Capitulare Missorum von 792 oder 786. c. 4: et reliquorum homines, fiscilini quoque et coloni et ecclesiasticis atque servi, qui honorati beneficia et ministeria tenent vel in bassallatico honorati sunt cum domini sui et caballos, arma et scuto et lancea spata et senespasio habere possunt: omnes iurent. Im übrigen schwuren nur die Freien.

[2] Die beweisenden Stellen bei Brunner, RG. I², S. 373 f. Sickel zählt in den Gött. gel. Anz. 1896, S. 288 unter Verweisung auf Dahn ganz mit Recht nur die eien Römer zu den wehrpflichtigen Leuten.

verband ein als Volksgenossen[1] und waren daher weder Glieder des Heeres noch Glieder[2] der Landwehr. Wenn Baldamus[3] und Prenzel[4] zum Beweise des Vorkommens landfolgepflichtiger Unfreier die Erzählung Ekkehards[5] heranziehen, nach welcher der Abt von St. Gallen neben seinen Mönchen auch die Knechte bewaffnete, so kann dies juristisch nicht ins Gewicht fallen. Gewiß wird man bei feindlichen Einfällen alles, was zur Hand war, zu den Waffen gerufen haben. Und der Herr konnte selbstverständlich seinen Knecht zwingen, für ihn und mit ihm dem Feind bewaffnet entgegenzutreten. Aber dies hat doch mit der Landfolge als einer öffentlichrechtlichen Verpflichtung nicht das geringste zu tun. Zudem darf man aus einem solchen historischen Berichte nicht auf ein rechtliches Prinzip schließen, wenn nicht noch ganz andere Momente hinzukommen.

Noch ist die Landfolgepflicht der Geistlichen zu berühren. Auch hier ist die Meinung, daß die Geistlichen schlechthin dieser Pflicht unterstanden[6]. Die maßgebende Stelle enthält das Capitulare Carisiaense vom 14. Juni 877[7]:

Si aliquis ex fidelibus nostris post obitum nostrum Dei et nostro amore compunctus seculo renuntiare voluerit et filium vel talem pro-

---

[1] Sickel a. a. O. sagt, daß weder der Lite noch der Knecht Soldat war, auch wenn er Waffen führte. Dazu auch Sickel in der Westdeut. Z., Bd. XVI, S. 45.

[2] So verlangt z. B. auch die Constitutio Ludwigs des Frommen von 815 Jan. 1 (Boretius I, S. 261) c. 1 von den spanischen Flüchtlingen den Heerdienst nur: sicut caeteri liberi homines.

[3] A. a. O. S. 52.

[4] A. a. O. S. 46.

[5] M. G. S. S. II, S. 104, oder besser jetzt in St. Gallische Geschichtsquellen. Neu herausgegeben von Meyer v. Knonau, III, Ekkehardi (IV) Casus sancti Galli (St. Gallen 1877), S. 195, Cap. 51. Die Stelle lautet: At Engilbertus (Abt des Klosters St. Gallen), quam idoneus ad mala toleranda quidem fuerit, impiger ostendit. Nam malis his imminentibus, militum suorum unoquoque pro semet ipso sollicito, validiores fratrum arma sumere jubet, familiam roborat; ipse velud Domini gigans lorica indutus, cucullam superinduens et stolam, ipsos eadem facere jubet. Meyer v. Knonau bemerkt mit Recht, daß unter familia an das Gesinde, die Hörigen des Klosters zu denken sei. Unter diesen befanden sich jedenfalls neben freien auch unfreie Elemente. So wenig aber der Abt seine validiores fratrum zur Landfolge anhalten konnte, ebensowenig vermochte er seine familia auf Grund eines öffentlichen Rechtstitels zur Landfolge aufzubieten.

[6] Schröder a. a. O. S. 158. Brunner, RG. II[1], S. 215.

[7] Boretius-Krause II, S. 358, c. 10.

pinquum habuerit, qui rei publicae prodesse valeat, suos honores, prout melius voluerit, ei valeat placitare. Et si in alode suo quiete vivere voluerit, nullus ei aliquod impedimentum facere praesumat, neque aliud aliquid ab eo requiratur, nisi solummodo, ut ad patriae defensionem pergat.

Die Stelle setzt einen betagteren Amtsträger voraus, der sein Amt niedergelegt hat und dann Mönch oder Geistlicher geworden ist. Von diesem, heißt es, sollen keine öffentlichrechtlichen Pflichten mehr gefordert werden, außer der Landfolgepflicht. Aber doch nur unter der Voraussetzung wird diese Pflicht von ihm verlangt, daß er in alode suo quiete vivere voluerit, d. h. daß er seine geistlichen Pflichten gar nicht zu erfüllen gedenkt, sondern ungestört auf seinem Gute seine alten Tage verbringen will. Übt er geistliche oder klösterliche Funktionen aus, lebt er nicht quiete, so untersteht er auch nicht der Landfolgepflicht. Die Bestimmung erinnert stark an eine Vorschrift[1] aus der Zeit Karls des Großen, in der es heißt, wenn der zum Priester oder Abt geweihte Nobilis von seinem Vermögen etwas auf das Kloster oder die Kirche übertragen habe ubi tonsuratus est, ibi sub canonica vel regulari maneat vita. Sic autem, fährt die Stelle fort, postea in propria sua residere vult[2], faciat hostem ut ceteri laici. Hier muß der auf sein Gut zurückkehrende Tonsurierte sogar den Heerdienst leisten; in unserem Capitulare nur die Landfolge. Aber der Fall liegt auch da und dort verschieden. In unserer Quelle haben wir es mit einem bejahrten Mann zu tun, der bereits langjährigen Amtspflichten genügt hat und von dem man die ordentliche Heerfahrt billigerweise nicht mehr verlangen kann. In der anderen Quelle dagegen ist davon keine Rede. Durch jene Norm soll einfach der Umgehung der Heerpflicht vorgebeugt werden. Aber in beiden Quellen kommt gleichmäßig der Grundgedanke zum Ausdruck, daß der Empfang geistlicher Würden an sich noch nicht zur Befreiung von öffentlichen Verpflichtungen führen könne, wenn nicht zugleich die ernsthafte Betätigung der Würden dazu komme[3].

---

[1] Boretius I, S. 230, c. 44. Statuta Rhispacensia Frisingensia Salisburgensia von 799, 800.

[2] Roth, Feudalität und Untertanenverband, S. 324, erklärt die Worte: d. h. nicht in dem Verhältnis der Kleriker bleibt, die an dem ihnen vom Bischof angewiesenen Ort zu wohnen haben. Und fügt dann richtig dazu, die Dienstfreiheit der Geistlichen sei damit abhängig gemacht von dem kanonischen Leben.

[3] Ganz deutlich spricht dies auch das Widonis regis capitulum singillatim traditum von 889 Febr. bis 891 Febr. aus: De clericis, qui arma baiulant et in suis pro-

Auf Grund dieser Erklärung ist der Satz nicht mehr haltbar, die Geistlichen seien landfolgepflichtig. Der Satz muß vielmehr lauten: der Geistliche ist, wie von der Heerpflicht, so auch von der Landfolgepflicht befreit[1]. Die Weihe an sich oder die Mönchswürde entbinden jedoch nicht schlechterdings von der Pflicht. Nur die wirkliche Betätigung kanonischen Lebens zieht den Dispens nach sich. Je nach den Umständen des Falles kann dann Befreiung von Heer- und Landfolge eintreten.

Endlich sei die Frage nach dem Aufgebotsrecht zur Landfolge beantwortet. Die landfolgepflichtige Mannschaft, die Landwehr wird stets aufgeboten zu einer defensio patriae. Patria[2] ist das ganze fränkische Staatsgebiet oder ein bestimmter Teil desselben. Und in diesem Sinne ist jedes Aufgebot ein Reichsaufgebot zum Schutze des Ganzen. Die Feinde sind keine Grafschaftsfeinde, sondern Feinde des ganzen Staates, Feinde des Königs. Das Aufgebotsrecht steht beim Grafen. Aber dieses Aufgebotsrecht des Grafen ist ein ganz verschiedenes, je nachdem ein Einfall in sein eigenes oder in ein fremdes Grafschaftsgebiet erfolgt. Sind die eigenen Grenzen bedroht oder vom Feinde schon überschritten, so kann der Graf von sich aus zur Landfolge bannen. Er kann, unter Androhung der ordentlichen Strafen, die Landwehr zu den Waffen rufen, ohne eine besondere Ermächtigung vom König abzuwarten. In diesem Verstande allein ist es zulässig, von einem eigenen Aufgebotsrecht des Grafen zu sprechen[3]. Denn im übrigen ist festzuhalten, daß der Graf auch in dieser Rechtslage nur als Vertreter des Königs handelt, daß er nicht ein Grafenrecht, sondern ein Königsrecht geltend macht[4]. Anders liegen die Dinge, wenn der Angriff auf ein fremdes Grafschaftsgebiet, und sei es auch ein benach-

---

priis resident (i. e. habitant), ad ecclesiam seu ad episcopum non militant, negotia secularia agunt, in lege vivant sicut et ceteri Langobardi, tam ipsi quam et filii eorum. Die Echtheit steht aber nicht fest. Boretius-Krause II, S. 106.

[1] Daß sich dieser Satz nicht auf die als Senioren ausziehenden Bischöfe und Äbte erstreckt, versteht sich von selbst. Vgl. Brunner, RG. II[1], S. 214 f.

[2] Näheres über den Begriff der Patria zum Schlusse im Anhang.

[3] In dieser Beschränkung allein ist die Bemerkung Schröders, RG.[5], S. 132 richtig.

[4] Prenzel a. a O. S. 16 f. zeigt, daß auch Markgrafen zur Landfolge aufboten. Wenn er aber aus den Schriftstellern dartun will, daß auch den Bischöfen als Senioren ein Aufgebotsrecht zugekommen sei, so kann ich ihm nicht folgen. Über das Aufgebotsrecht der Missi später.

bartes, gerichtet war. Dann versagte das gräfliche Aufgebotsrecht. Das Seite 394 beigebrachte Zeugnis beweist, daß in diesem Falle das Aufgebot vom König selbst ausging. Der Graf muß das preceptum des Königs abwarten. Erst auf diesen Königsbefehl hin kann er seine Leute alarmieren (monere). Wie im Bereiche der Heerfolgeordnung ist er im Bereiche der Landfolgeordnung nur Verkünder des königlichen Aufgebotes. Auf die Aufforderung des Königs hin soll der Graf rasch erscheinen[1]. Daher wird immer wieder den Grafen ans Herz gelegt, die nötigen Vorbereitungen und Rüstungen in ihrem Sprengel zu besorgen. Es ist ein Recht und eine Pflicht des fränkischen Grafen, die folgepflichtigen Leute in gerüstetem Zustande zu halten.

Der Satz, aller Landwehrdienst ist Königsdienst, wird auch bestärkt durch das Seite 392 angeführte Zeugnis. Danach fällt der Ausgebliebene nicht in die Schuldknechtschaft des Grafen, wenn er nicht zahlen kann. Er wird Schuldknecht des Königs und vom König empfangen die Erben die Erbschaft des Verstorbenen zurück.

Daher ist auch die verwirkte Buße Königsbuße. Das Seite 395 genannte Capitulare zeigt, daß nur die Königsboten das Recht hatten, sie einzuziehen. Dem Grafen war jedes Exekutionsrecht versagt[2]. Hatte also z. B. ein Graf im Drange der Zeit voreilig die Leute zur Landwehr gebannt und billigte der König dieses Aufgebot nicht, so hatte der Ausgebliebene eine Buße nicht verwirkt. Der Missus hätte trotz erfolgten Grafenbefehls die Buße nicht eintreiben dürfen.

Endlich beweisen die aufgeführten Quellen, daß der Landfolgepflichtige nur von s e i n e m Grafen aufgeboten werden konnte (suo comite, suos aerimannos). Der Graf vermochte also nur seine Grafschaftsleute zu bannen. Gegenüber Personen, die in einem anderen Gau heerpflichtig waren, konnte er den Befehl nicht geltend machen. Nur die seiner Amtsgewalt Unterworfenen waren ihm landfolgepflichtig. Die Graf-

---

[1] Edictum Pistense von 864 Juni 25 (Boretius-Krause II, S. 328) c. 1: sine ulla dilatione hostiliter praeparatus in Dei et nostrum servitium ad communem utilitatem possit movere et certissime nobis occurrere. Ebenso die Adnuntitatio Karoli regis von 869 c. 3 (a. a. O. S. 337).

[2] Für die Parallele im Gebiete der Heerbannbußen Sohm, Reichs- und Gerichtsverfassung, S. 164 f. Unrichtig ist nur, daß Sohm S. 165 Anm. 82 die Wergeldbuße in den Capitula Widonis mit den Heerbannbußen zusammenstellt. Diese Buße ist Strafe für verweigerte Landfolge, nicht für verweigerte Heerfolge.

schaft bildete also die Einheit nicht nur in der Heeresverfassung, sondern auch in der Landfolgeordnung.

Soweit ich sehe, scheinen andere Verhältnisse nur in Burgund[1] geherrscht zu haben. Dort war nicht die Grafschaft, sondern der missatische Sprengel das Aufgebotsgebiet für die Landwehr. Dort tritt uns eine eingehende Landwehrorganisation entgegen. Die Königsboten, nicht der Graf, hatten für die Kriegsbereitschaft zu sorgen. Landfolgepflichtig waren die Bischöfe, Äbte, Grafen mit ihren Leuten und die Leute der Äbtissinnen. Sogar das Ausrücken mit Bannerträgern wurde ausdrücklich befohlen. Das Aufgebotsrecht stand beim Missus. Das von ihm vorgenommene Aufgebot war sofort dem König zu melden. Reichte die Mannschaft eines Sprengels nicht aus, so konnte ein zweites Missaticum alarmiert werden. Ein drittes jedoch durfte der Missus nicht aufbieten. Man wollte ihm offenbar eine allzustarke bewaffnete Macht nicht in die Hand geben[2]. Es war daher bestimmt, daß der König von sich aus das weitere verfüge, wenn mit dem Aufgebot von zwei Missatica die Ruhe nicht wiederhergestellt werden könnte. Es handelte sich, wie namentlich der Schluß des Capitulare erkennen läßt, hauptsächlich um das Niederwerfen von Aufständen, also um die Bekämpfung innerer Feinde.

Was die Dauer der Verpflichtung anbetrifft, so schweigen, im Gegensatz zur nachfränkischen Zeit[3], fast alle Quellen über diesen Punkt. Die Landfolgepflicht scheint demnach eine zeitlich unbegrenzte Pflicht gewesen zu sein. In der Epistola generalis[4] von 828 wird dies ausdrücklich gesagt. Die landwehrpflichtigen Leute sollen in der bedrohten Gegend verweilen, solange die Kriegslage es erfordert (quamdiu necessitas postulaverit). Das nämliche Capitulare weist auch eine örtliche Begrenzung der Pflicht zurück[5]. Die aufgebotene Mannschaft muß über ihren Grafensprengel hinaus dahin marschieren, wo der Feind es erheischt.

---

[1] Capitulare Tusiacense in Burgundiam directum von 865 Feb. Boretius-Krause II, S. 331 c. 13.

[2] Im übrigen ist diese Norm sehr kennzeichnend für die Bedeutung, welche das missatische Institut im Westreiche noch in der zweiten Hälfte des 9. Jahrhunderts genoß.

[3] Dafür vgl. Ernst Mayer, VG. I, 117 f.

[4] Boretius-Krause II, S. 4. Lit. A. vom Dezember 828.

[5] Es heißl darin: sine ulla mora exire et, in quamcumque partem necessitas postulaverit, pergere possint.

III.

Die Pflicht, Diebe, Räuber und andere Missetäter zu verfolgen und einzufangen, bezeichnet man besser mit dem Namen Gerichtsfolge, statt mit dem Namen Landfolge. Brunner[1] zieht den Namen Landfolge vor. Er verweist dabei auf den Sprachgebrauch nachfränkischer Quellen, die im Glossar bei Halthaus Sp. 1161 f. abgedruckt sind. Aber gerade diese Quellen zeigen, daß der Sprachgebrauch ein schwankender war. Der Name Folge oder Landfolge wird gebraucht, sowohl wenn es sich um die Verteidigung des Landes als auch wenn es sich um die Verfolgung von Verbrechern handelt. So bezieht sich die Stelle in Schateni Annales Paderb.[2] T. II S. 237: insecutiones hostium generales, quae volghe nominantur, cum aliis vicinis civitatibus et villis facere tenentur incolae oppidi illius, quando super eo fuerint requisiti sicher auf die eigentliche Verteidigung des Landes, nicht auf die bloße Nacheile gegenüber Verbrechern. Auch die von Haltaus zum Schluß genannte Stelle aus Lünigs Reichsarchiv (invocationem armorum vel subsidii, quae vulgo Folgunge dicuntur) scheint mir die Landfolge im hier gebrauchten Sinne im Auge zu haben. Namentlich verwenden auch die Weistümer das Wort Folge, wenn der Fall der Landesverteidigung gegeben war[3]. Da nun das Wort Landwehr (lantweri) aus fränkischer Zeit überliefert ist und es sich dabei um die eigentliche Verteidigung des Landes, nicht bloß um die Nacheile gegenüber Verbrechern dreht, so halte ich es für angebrachter, im ersten Falle von Landfolge, im zweiten Falle von Gerichtsfolge zu sprechen. Die Wahl einheitlicher Terminologie ist von größter Bedeutung. Manche Verwechselung grober Art würde dadurch der Wissenschaft erspart bleiben.

Zuerst sei die Frage aufgeworfen, worauf sich die Pflicht zur Gerichtsfolge gründete. War die Verfolgungspflicht eine Pflicht der Freien, eine Untertanenpflicht der Volksgenossen, ähnlich der Heerpflicht[4]?

[1] A. a. O. II, S. 228. Schröder, RG.[5] scheidet in unserem Sinne scharf zwischen Land- und Gerichtsfolge, z. B. S. 529. Ebenso v. Gierke, Genossenschaftsrecht I, S. 107.

[2] Haltaus, Sp. 1162.

[3] Vgl. etwa Grimm I, S. 478 § 2 (folg, hülff und steuer), S. 494 § 2 (dasselbe), S. 485 (volge, steur und hilf), II S. 378 Abs. 3 (Zock und folge umb sein [des Vogtes] und umb seins lands noit).

[4] Für die Bestärkung der Heerpflichten im Untertaneneide vgl. besonders Boretius, Beiträge zur Kapitularienkritik (1874), S. 108 und 142.

Brunner[1] erklärt, ein Capitulare von 853 führe die Pflicht auf den Treueid der Untertanen zurück. Aber wie vereinbart sich diese Behauptung mit der Tatsache, daß die Gerichtsfolge von allen Einwohnern zu leisten war, von Freien, Halbfreien und Unfreien[2]? Den Fidelitätseid leisteten dagegen grundsätzlich nur freie Leute[3]. Für die Unfreien und Halbfreien bestand demnach diese eidliche Bindung nicht. Liegt hier in der Tat eine Unstimmigkeit der Quellen vor? Prüfen wir zunächst das Capitulare von 853, welches in cap. 4 lautet[4]:

De latronibus autem commendaverunt, ut missi omnibus denuntient in illa fidelitate, quam Deo et regi unusquisque debet et promissam habet, et in illa christianitate, qua pacem proximo unusquisque servare debet, ut sine exceptione alicuius personae nec pro amicitia vel propinquitate aut amore vel timore ullus latronem celet, sed illum missis illorum manifestet, et ad accipiendum illum adiutorium, quantum potuerit, unusquisque prestet, et per sacramentum hoc missi illorum firmare faciant, sicut tempore antecessorum illorum consuetudo fuit. Et si aliquis missos illorum non obaudierit, si regis homo fuerit, per fideiussores ad illius praesentiam perducatur; si autem alterius homo fuerit, senior, cuius homo fuerit, illum regi praesentet.

Die Norm legt den Untertanen eine doppelte Verpflichtung auf. Einmal sollen sie den Missetäter nicht verheimlichen (celare), sondern den Königsboten anzeigen (manifestare). Und ferner sollen sie zu dessen Festnahme (ad accipiendum) nach besten Kräften mitwirken. Sie sollen sich also keiner Begünstigung schuldig machen[5], dagegen aktive Polizeidienste verrichten. Diese beiden Gruppen von Pflichten werden zurückgeführt auf den Treueid, der Gott und dem König gelobt wird und auf die christliche Pflicht der gegenseitigen Friedensbewahrung. Die Königsboten sind angehalten, dies (hoc) per sacramentum bestärken zu lassen. Diese letzte Bestimmung läßt Zweifel, ob damit neben dem Fidelitätseid

---

[1] RG. II[1], S. 228.

[2] Den Beweis dafür siehe S. 406 ff. v. Gierke, Gen. Recht I, S. 107 läßt nur Freie an der Gerichtsfolge teilnehmen.

[3] Vgl. oben S. 397 und unten S. 405.

[4] Boretius-Krause II, S. 272. Capitulare missorum Silvacense.

[5] Für die Auffassung, daß die Nichtanzeige als Begünstigung zu betrachten ist, vgl. Mayer-Homberg, Die fränkischen Volksrechte im Mittelalter I, S. 119. Dort zeigt sich auch (Anm. 237), daß nur derjenige, der nicht anzeigte, als infidelis betrachtet wurde.

noch ein besonderer Eid gefordert wurde und ob in diesem Eid beide Gruppen von Pflichten oder nur die eine oder andere aufzunehmen war. Klarheit verschafft uns erst die im nämlichen Capitulare wörtlich aufgeführte Eidesformel, welche lautet[1]:

Istum sacramentum iurabunt Franci homines. Ego ille adsalituram, illud malum, quod scach vocant vel tesceiam, non faciam, nec, ut alius faciat, consentiam; et si sapuero, qui hoc faciat, non celabo; et quem scio, qui nunc latro aut schachcator est, vobis missis dominicis non caelabo, ut non manifestem. Sic me Deus adiuvet et istae reliquiae.

Die Franci homines, d. h. die freien Franken[2], beschwören darin nur die erste Verpflichtung. Von der eidlichen Übernahme einer Verfolgungspflicht ist keine Rede. Und das gleiche gilt von dem Eide, den die Centenare schwören. Die Eidesformel lautet in dem uns interessierenden Teile fast wörtlich gleich[3].

Daraus ergibt sich mit Sicherheit: Mit dem im cap. 4 genannten sacramentum ist dieser, den freien Franken und den Hundertschaftsvorstehern auferlegte Eid gemeint. Es ist der Fidelitätseid, »wie er nach alter Gewohnheit gefordert wird«. Da dieser eine Verfolgungspflicht nicht aufweist, kann die Gerichtsfolge nicht auf den Fidelitätseid zurückgeführt werden.

Die Gerichtsfolgepflicht ist demnach keine Untertanenpflicht der Volksgenossen, die durch den Untertaneneid besonders bekräftigt worden wäre. Es geht auch nicht an, mit Brunner zu erklären, daß der Freie, wie zum Heerdienst gegen äußere Feinde, zum Polizeidienst gegen die inneren Feinde des Volksfriedens, gegen die Verbrecher, berufen und verpflichtet gewesen sei[4]. Denn es läßt sich diese Pflicht weder aus der Heer- noch aus der Dingpflicht ableiten. Heer- und Dingpflicht waren die vornehmsten Untertanenpflichten. Und Untertanen waren grundsätzlich nur die freien Leute. Die Anteilnahme der Unfreien an der Verfolgungspflicht bleibt somit ohne Erklärung[5]. Endlich geht es nicht an, die Gerichtsfolge als

---

[1] Ebenda S. 274, nach Kap. 13.

[2] Für die Bezeichnung des homo Francus als des freien Franken vgl. Heck, Die Gemeinfreien der karolingischen Volksrechte (1900), S. 73 f.

[3] Ebenda S. 274 mit der Überschrift: Istum sacramentum iurabunt centenarii.

[4] RG. II[1], S. 226.

[5] Wenn Brunner in ZRG. XI, S. 80 sagt, »die Verfolgungspflicht war auf Seite der öffentlichen Beamten Amtspflicht, nicht bloß allgemeine Untertanenpflicht«, so fehlt auch hier die Erklärung für die Teilnahme der Unfreien.

eine öffentlichrechtliche Verpflichtung anzusprechen, die jeder Person oblag, die zufällig an Ort und Stelle weilte. Das nachher zitierte Capitulare Widos fordert zur Verfolgung auf die in comitatu commanentes, also nur die angesessenen Gauleute. Und nur der eigene Graf, d. h. der Graf oder der öffentliche Beamte, dem sie als Gauleute unmittelbar unterworfen sind, hat das Aufgebotsrecht, der proprius comes.

Mit dieser negativen Feststellung, daß die Gerichtsfolge weder aus der Untertanenpflicht der Volksgenossen, noch aus einer allgemeinen öffentlichrechtlichen Verpflichtung abgeleitet werden kann, wollen wir vorerst schließen. Es seien nun zunächst die einzelnen, juristisch wichtigen Momente der Gerichtsfolge ins Auge gefaßt. Und zum Schluß sei der Versuch gemacht, das rechtliche Fundament für diese überaus bedeutsame öffentliche Pflicht aufzudecken.

Zwei Capitularien sprechen es auf das deutlichste aus, daß neben den Freien auch Knechte die Gerichtsfolge zu leisten hatten. Das eine ist ein Capitulare Widos von 891 cap. 2[1]:

Quicumque igitur ex laicali ordine, tam liberi quam servi, homines in comitatu commanentes a proprio comite vel a publica parte, id est ab his, qui rem publicam agunt, ammoniti fuerint, si se subtraxerint ab adiutorio sui proprii comitis et eos non adiuvaverint infra ipsum comitatum contra supervenientes in suo comitatu praedones, tertiam partem liberi ex suis mobilibus componant. servi autem XL ictos a propriis suis dominis vapulentur, si tamen probatum fuerit, quod ei denuntiatum fuisset.

Das andere ist das vorhin erwähnte Capitulare Silvacense[2] von 853 cap. 5:

Commendaverunt etiam, ut, si alicui denuntiatum fuerit, ut ad accipiendum latronem adiutorium praestet, aut aliquis sonum inde audierit, ut ad latronem accipiendum concurratur, et se inde retraxerit, ut ad hoc adiutorium non praestet, si liber homo fuerit, bannum dominicum

[1] Widonis imperatoris capitulare Papiense legibus addendum von 831 Mai 1. Boretius-Krause II, S. 108. Über den Begriff der commanentes vgl. Sohm, Reichs- und Gerichtsverfassung, S. 299. Es sind die Leute, die im Gerichtsbezirk ihren Wohnsitz haben, die intra patriam habitantes. (U. Karls d. Gr. von 797) a. a. O. S. 299 Anm. 10.

[2] Boretius-Krause II, S. 272. Das Capitulare Carisiacense von 873 Jan. 4 (Boretius-Krause II, S. 343) wiederholt in cap. 2 von den Worten: et se inde retraxerit ab in allen ausschlaggebenden Punkten wörtlich die eben zitierte Norm.

componat; et si colonus fuerit, sexaginta ictus accipiat. Et si latro ibi occisus fuerit, qui eum occiderit, leudum inde non solvat, et nullus illi inde faidam portare praesumat; quodsi quis facere praesumpserit, per certos fideiussores ad regis praesentiam perducatur.

Hier sind libri und coloni, dort libri und servi einander gegenübergestellt. Die liberi büßen die versäumte Gerichtsfolge mit einer Vermögensstrafe, die coloni und servi mit einer Leibesstrafe. Die auch den coloni angedrohte Prügelstrafe zeigt, daß sie, wie die servi, die Klasse der Unfreien repräsentieren. Denn die Prügelstrafe ist die typische Strafe für die Knechte[1]. Nach dem ersten Capitulare mußte diese Strafe vom Leibherrn vollzogen werden; das zweite sagt über die Exekution nichts.

Eines der wenigen Volksrechte, welches über die Gerichtsfolge Aufschluß gibt, ist die Lex Chamavorum[2]. Sie bestimmt in cap. 37: Quisquis audit arma clamare et ibi non venerit, in fredo dominico solidos 4 componere faciat. Dieser Norm gehen drei Bestimmungen voraus, von denen sich zwei auf die Heerfolge und die dritte auf die Wachtdienste beziehen. Ferner folgen Normen, welche sich auf Schleusen-, Brücken- und Gerichtsdienste erstrecken. Alle setzen einen Fredus von 4 Schillingen fest. Da ist nun das auffallende, daß alle Bestimmungen, außer derjenigen unseres Kapitels 37, eingeleitet werden mit den Worten si quis, während einzig hier steht quisquis. Ich vermag nicht zu entscheiden, ob damit bewußt eine Verschiedenheit gegenüber den anderen Normen bezweckt ist. Aber es ist nicht ausgeschlossen, daß mit dem quisquis alle Einwohner bezeichnet werden sollten, während die Form si quis — zu ergänzen si quis liber homo — nur den Rechtskreis der Freien im Auge hatte. Daß die Lex nicht ausschließlich mit Freien, sondern gegebenenfalls auch mit Halbfreien und Unfreien rechnete, zeigen die Hervorhebung des Francus homo in Kapitel 42, des Ingenuus in 43 und des Liten 44. Trifft die Vermutung zu, so wären auch nach dem chamavischen Recht ausdrücklich alle Bewohner zur Gerichtsfolge herangezogen worden.

Dieses Capitel 37 der Lex Chamavorum zusammen mit den genannten Kapitularien lassen uns den R e c h t s g r u n d erkennen, der im Einzelfall

---

[1] Vgl. statt vieler etwa Ansegis Cap. Lib. IV c. 30 u. 31 (Boretius I, S. 441).

[2] Ausgabe von Sohm, S. 121.

die Pflicht zur Gerichtsfolge hervorrief. Der Rechtsgrund war das Aufgebot von Seite des öffentlichen Beamten (die admonitio oder denuntiatio) oder das Gerüfte von Seite des Verletzten sowie der anderen Volksgenossen (sonum[1] audire, arma clamare). Beamtenbefehl oder Gerüftserhebung lösten den Anspruch auf die Gerichtsfolge aus. In den Leges Widonis wird der Graf oder jeder öffentliche Beamte als aufgebotsberechtigt angesehen. Aber nur für ihre Grafschaft haben diese das Aufgebotsrecht. Der Graf kann allein seine Einwohner in seinem Komitate, aber auch nur diese zur Gerichtsfolge bannen. Über die Grenzen seiner Grafschaft hinaus reicht seine Banngewalt nicht. Und so sind auch die Grafschaftsleute nur folgepflichtig infra ipsum comitatum[2]. Eine Pflicht der Nacheile über den Grafensprengel hinaus findet sich nicht. Die Grafschaft bildet also die Einheit in der Gerichtsfolgeordnung. Die Geistlichen unterliegen der Gerichtsfolge nicht. Nur die Leute ex laicali ordine sind als Verpflichtete genannt. Dabei ist an die gleichen Ausnahmen zu denken, die wir für die Landfolgepflicht der Geistlichen aufgestellt haben[3].

Auch im Bereiche der Gerichtsfolge ist der Staatsverband durch das Seniorat nicht durchschnitten. Einzig dem Grafen und seinen Beamten steht der Gerichtsfolgebefehl zu. Nirgends ist gesagt, daß die Senioren ein Aufgebotsrecht hätten. Die Gerichtsfolge hat ihren öffentlichrechtlichen Charakter bewahrt.

Die Strafen für verletzte Gerichtsfolgepflicht sind verschieden geordnet. Je nach dem Stande des Täters werden Vermögens- oder Leibesstrafen verhängt[4] und die Vermögensstrafen selbst schwanken zwischen 5 Schillingen und 60 Schillingen[5]. 5 Schillinge treten auf im Pactus pro tenore pacis für den, der innerhalb der Centena die Folge

---

[1] Vgl. dazu das Cornu sonare des Capitulare III zur Lex Salica (Geffcken, Lex Salica, S. 66 Kap. 1), wo es sich um ein Zusammenrufen der Gerichtsgenossen durch den Grafen handelt.

[2] In der ältesten Zeit scheint die Verfolgungspflicht auf die Hundertschaft beschränkt gewesen zu sein. Vgl. S. 409 Anm. 1.

[3] Vgl. oben S. 400.

[4] Siehe oben S. 406.

[5] Wie hoch die Buße nach der Lex Chamavorum war (siehe oben S. 407), ist nicht festzustellen, da das Cap. 37 nur vom Fredus spricht, der an den König zu zahlen war.

verweigerte[1]. Aber schon in der Decretio Childeberts II. vom 29. Februar 596[2] wird die Buße auf 60 Schillinge erhöht, eine Erscheinung, die nachher ihre Erklärung finden soll. Die gleiche Buße ist noch im 9. Jahrhundert festgehalten[3]. Ausnahmsweise wird einmal (801) die Buße nach den Vermögensverhältnissen des Täters abgestuft: er soll den dritten Teil seiner fahrenden Habe bezahlen[4].

Wie lagen hier die Dinge, so fragen wir endlich mit Rücksicht auf das Aufgebotsrecht des Grafen? War hier auch ein spezieller königlicher Befehl nötig, wie bei der Landfolge? Die Antwort lautet nein. Das Recht, zur Gerichtsfolge aufzubieten, floß aus der gräflichen Amtsgewalt. Von einem Königsbefehl, einem preceptum regis, hören wir nichts. Der König schärft nur in seinen Kapitularien immer wieder ein, die Gerichtsfolge in gehöriger Weise durchzuführen. Aber das einzelne Aufgebot zur Nacheile erläßt der Graf ohne jede Mitwirkung des Königs oder seiner Boten.

Ist somit ein Bild entworfen über die Gerichtsfolge, soweit es die spärlichen fränkischen Quellen gestatten, so mag nun zum Schlusse die Erklärung des rechtlichen Fundaments dieser Pflicht ihren Platz finden. Mir scheint keine andere Erklärung möglich, als die Konstruktion der Gerichtsfolgepflicht als einer Untertanenpflicht. Das fränkische Recht kannte, so will mich dünken, einen engeren und einen weiteren Untertanenverband. Der engere Verband war der eigentliche Volksverband. Der engere Verband war der Verband der freien Volksgenossen. Er umschloß den eigentlichen populus. Der engere Verband war der Heer- und Gerichtsverband der freien Untertanen, die den Fidelitätseid leisteten. Noch Ende des 8. Jahrhunderts wird der Eid, den Karl der Große vorschreibt, gefordert von

[1] Geffcken, Lex Salica, S. 80 cap. 9 des Decretus Chlothario. Daß hier die Verfolgungspflicht sich nur auf das Gebiet der Hundertschaft erstreckte, schließe ich aus den Worten: Et latro insequatnr, vel si in alterius centena apparet, deduxerint. So auch Geffcken, S. 263.

[2] Boretius I, S. 17 c. 9.

[3] Siehe oben S. 406 das cap. 5 des Capitulare missorum Silvacense und das cap. 2 des Capitulare Carisiacense von 873 Jan. 4 (Boretius-Krause II, S. 343). Die Buße wird bezeichnet mit bannum dominicum.

[4] Siehe oben S. 406 das Capitulare Widos. Die Lex Chamavorum kann mit ihrem Fredus von 4 Sol. (cap. 37) nicht als Ausnahme betrachtet werden. Auch der Fredus für versäumten Heerbann beträgt dort nur 4 Sol. (Cap. 34)

den Leuten (der generalitas populi), qui ad placita venissent et iussionem adimplere seniorem et conservare possunt[1]. Es sind die gerichts- und heerfähigen Volksgenossen. Wenn nach jenem Capitulare auch Unfreie und Halbfreie (fiscilini quoque et coloni et ecclesiasticis atque servi) zum Untertaneneide zugelassen werden, so geschieht dies nicht, weil sie als heer- und gerichtspflichtige Volksgenossen anerkannt sind, sondern weil sie Benefizien empfangen haben oder als Vassi von einen Herrn aufgenommen worden sind. Sie stellen besonders ausgezeichnete, besonders geehrte (honorati) Gruppen unter den Halbfreien und Unfreien dar. Als solche leisten sie den Untertaneneid, nicht als Teil des fränkischen populus[2].

Der weitere Untertanenverband umfaßte alle Einwohner des fränkischen Reiches, alle commanentes, alle Leute, welche in den einzelnen Gauen ihren Wohnsitz hatten. Der weitere Untertanenverband war der Verband der freien, halbfreien und unfreien Leute. Die Wendung des Capitulare von 891[3], welche für Freie und Unfreie von einem proprius comes spricht[4], deutet mit Bestimmtheit darauf hin, daß im 9. Jahrhundert alle Einwohner in einem Untertanenverhältnis zum Grafen und damit zum König standen. Nachdem man begonnen hatte, den Unfreien als rechtliche Persönlichkeit anzuerkennen, seitdem man ihm, wenn auch vereinzelt, ein Wergeld zubilligte[5] und öffentliche Sklavenstrafen einführte[6], war es nur noch ein kleiner Schritt, ihn als

---

[1] Boretius I, S. 67. Capitulare Missorum 792 vel 786 c. 4.

[2] Die von Waitz (V.G. III[1], S. 249—263) gesammelten Stellen über den Eid zeigen deutlich, daß grundsätzlich nur die freien Leute schwuren, daß also der Volksverband der Verband der Freien war. Vgl. besonders S. 257 Anm. 3 (qui sint de liberis hominibus qui fidelitatem nobis nondum promissum habeant) und S. 258 Anm. 2 (Ut missi nostri populum nostrum nobis fidelitatem promittere faciant). Siehe auch Boretius, Beiträge zur Kapitularienkritik, S. 11 f. Die dort gesammelten Stellen, die uns zeigen, daß das Volk, der populus, Anteil an der Gesetzgebung hatte, können sich nur auf freie Leute bezogen haben. Über den Untertanenverband als Treuverband siehe die vorzüglichen Ausführungen von Ehrenberg, Commendation und Huldigung (1877), S. 116 ff.

[3] Oben S. 406.

[4] Das Capitulare braucht den gleichen Ausdruck, nämlich proprius, um die öffentlichrechtliche Abhängigkeit vom Grafen und die privatrechtliche Abhängigkeit vom dominus, vom Herrn auszudrücken.

[5] Capitula cum primis constituta von 808 (Boretius I, S. 139 c. 2), wo von weregildus und leudis eines servus die Rede ist.

[6] Brunner, R.G. II[1], S. 554. Dazu ein interessanter Beleg aus der Lex Baiuwariorum (Textus primus IX, 7 und XII, 7), wo der servus 200 ictos flagellarum extensus publice accipiat.

Staatsbürger, wenn auch als minderwertigen Staatsbürger, anzusehen[1]. Ich kann mir nicht vorstellen, daß diese Massen von unfreien Leuten staatsrechtlich völlig in der Luft schwebten. Ich kann es juristisch nicht fassen, daß diese weit ausgedehnte, rechtlich wie wirtschaftlich so bedeutsame Menschenklasse nur durch das Mittelding ihres Herrn, ihres dominus, in einer Berührung mit dem Staate gestanden hätte. Von dem Augenblicke an, in dem der Sklave begann, die reine Sachqualität abzustreifen, von diesem Augenblicke an mußte sich, wenn auch ganz allmählich, die Untertaneneigenschaft des Unfreien herausbilden[2]. Es ist schwer, in dieser Entwicklung einen Haltepunkt zu finden. Jedenfalls darf er nicht zu früh angesetzt werden. Ein wichtiges Moment scheint mir die Zulassung gewisser Unfreier zum Fidelitätseid zu sein. Wenn Karl der Große gegen Ende des 8. Jahrhunderts bestimmt[3], daß die mit Benefizien und vassallitischen Ämtern ausgestatteten Sklaven den Untertaneneid zu leisten haben, so darf darin ein gewisser Abschluß in dem staatsrechtlichen Prozesse gesehen werden. Denn damit war ausgesprochen, daß die Ableistung des Untertaneneides grundsätzlich mit der unfreien Stellung eines Menschen nicht unvereinbar sei. So geht denn wohl die Vermutung nicht ganz fehl, daß mit dem Ende des 8. Jahrhunderts der weitere Untertanenverband zum Abschluß gelangt war.

---

[1] Für das Aufsteigen der Knechte, namentlich in Unterstützung durch die königliche Gewalt vgl. v. Gierke, Gen. Recht I, S. 118.

[2] M. E. kann auch die ganze Entwicklung in der nachfränkischen Zeit nur aus dem Eintritt der Unfreien in den Untertanenverband erklärt werden. Wie soll man z. B. sonst eine Norm wie die in der Additio I zur Lex Baiuwariorum: Servus fiscalinus qui ostem facit, pro freto 40 sol. ut a l i i l i b r i conponat juristisch begreifen? Aus dem Ende des 11. Jahrhunderts ist uns eine Pax dei incerta überliefert (Weiland, Constitutiones I, 608), deren cap. 6 lautet: Si furtum acciderit aut rapina aut bellum patriae ingruerit, et clamor more patriae exortus fuerit, armati omnes insequantur, et in eundo et redeundo pacem unusquisque habeat. Qui vero absque inevitabili necessitate se subtraxerit, si principum terrae aliquis est, X libras, si nobilis V, si liber aut ministerialis II, si lito aut servus V solidos persolvat aut cutem et capillos perdat. Die Stelle zeigt, daß Halbfreie und Unfreie in gleicher Weise wie Freie an der Gerichtsfolge wie an der Landfolge teilnahmen. Liten und servi werden zum bellum patriae herangezogen wie die liberi. Nur die Höhe der Strafe ist verschieden. Diese Teilnahme an der Ausübung einer der vornehmsten Volkspflichten läßt sich schlechterdings juristisch nicht erfassen, wenn man nicht annimmt, daß diese Pflichten in der Untertanenschaft der Unfreien und Halbfreien wurzelte.

[3] Vgl. das Capitulare oben S. 397 Anm. 1.

Aber dieser weitere Verband, der alle Elemente vom höchsten Freien bis zum geringsten Knecht in sich vereinigte, war weder Heer- noch Gerichtsverband. Seine Grundlagen waren weder die Heer-[1] noch die Dingpflicht. Der weitere Untertanenverband war einzig ein Friedensverband[2]. Es ist der Verband, in welchem pacem proximo unusquisque servare debet, wie das Capitulare von 853 sagt[3]. Es ist der Verband, in dem jedes Mitglied dem anderen zur Friedensbewahrung verpflichtet ist. Der Landfrieden im weitesten Sinne verbindet alle Einwohner zu einem Friedensverbande[4], dessen oberster Schützer der König ist. Und dieser Untertanenverband als Friedensverband legt seinen Mitgliedern nicht nur die negative Pflicht der Unterlassung jedes Friedensbruchens auf, sondern die positive Pflicht, bei der Wiederherstellung des gebrochenen Friedens mitzuhelfen[5]. Untertanenpflicht des weiteren Verbandes ist daher Unterstützungspflicht bei der Verfolgung von Verbrechern. Untertanenpflicht des weiteren

---

[1] Fustel de Coulanges, La Monarchie franque (Paris 1888), S. 295 befindet sich im Irrtum, wenn er aus der Gleichsetzung von exercitus und populus schließt, das Heer habe alle Untertanen umfaßt, also auch Unfreie (die Stellen aus Gregor, S. 295 Anm. 1). Nur wenn der Beweis erbracht wäre, daß populus gleichzusetzen ist mit dem weiteren Untertanenverband, wäre die Behauptung richtig. Aber dieser Beweis ist nicht zu erbringen. Der populus ist eben nur der Volksverband und der Volksverband umfaßt als engerer Untertanenverband nur die freien Leute.

[2] Gute Ansichten über den Friedensverband entwickelt Alfred Schultze in Iherings Jahrb. XIII (1905), S. 171 f.

[3] Oben S. 404.

[4] Schon die Lex Ribuaria besitzt eine Norm, welche auf einen Friedensverband hindeutet, dem auch die Unfreien angehören. In cap. 23 heißt es: Quod si servus servo hictu uno vel duobus seu tribus percusserit, nihil est. Sed tamen propter pacis studium tremisse conponat. Den gebrochenen Frieden büßt der Sklave mit einer Tremisse. Das Delikt ist der Friedensbruch.

[5] Offenbar schwebt schon Georg v. Below in seinem neuesten Aufsatze, Der Deutsche Staat des Mittelalters (Internat. Monatsschrift (Jahrg. 8, Nr. 5, Sonderabdruck 14), ein solcher weiterer Untertanenverband war, wenn er zur Begründung der Existenz eines Staates im Mittelalter u. a. anführt: »Bei der Verfolgung des Verbrechers müssen sämtliche Insassen des betreffenden Bezirks helfen, ohne Rücksicht auf ihre private Stellung, die Unfreien eines privaten Grundherrn ebenso wie die Freien oder wie die Unfreien des Herrschers. Eine private Begründung der Folgepflicht ist hier schlechterdings nicht zu entdecken.« Eine juristische Erklärung dieser Erscheinung vermag v. Below aber nicht zu geben. v. Belows Buch, Der deutsche Staat des Mittelalters, kam mir leider erst nach Abschluß des Manuskriptes zu Gesicht.

Verbandes ist die Gerichtsfolgepflicht. Die Gerichtsfolge ist weder aus der Heer- noch aus der Dingpflicht, sondern einzig aus der Friedensbewahrungspflicht des weiteren Untertanenverbandes abzuleiten. Und zwar gab dieser Untertanenverband nicht nur Pflichten. Aus der Pflicht des einen erwuchs das Recht des anderen. Jedes durch einen Verbrecher geschädigte Mitglied des Verbandes hatte einen Anspruch auf die Unterstützung bei der Verfolgung. Jeder Geschädigte konnte verlangen, daß auf Befehl des Grafen oder auf Erhebung des Gerüftes hin, die Einwohner herbeieilten, um die Verfolgung und Festnahme des Verbrechers vorzunehmen. Dieser Anspruch war, wie wir wissen, durch Strafen gesichert.

Man wende nicht ein, auf Grund der Friedensbewahrungspflicht hätten doch die Unfreien und Halbfreien auch an der Landfolge teilnehmen müssen. Die Landfolge habe letzten Endes doch auch auf Wiederherstellung gebrochenen Landfriedens abgezielt. Die Landfolgepflicht hätte demnach auch eine Pflicht des weiteren Untertanenverbandes darstellen müssen. Diese Ansicht muß scheitern an dem Objekt, auf das die Landfolgepflicht gerichtet war. Die Landfolgepflicht war defensio patriae. Unter patriae aber verstehen die fränkischen Quellen, wie im Anhang dargelegt wird, das ganze fränkische Staatsgebiet oder bestimmte Teile desselben. Die Landfolge war demnach gerichtet auf Erhaltung des Staatsganzen, auf Erhaltung des Gebietes, dessen Substrat das fränkische Staatsvolk war. Und an diesem Volksgebiet, an dieser patria, hatten weder die halbfreien noch die unfreien Bevölkerungsklassen einen Anteil. Die patria war das Staatsgebiet der freien Untertanen, das Staatsgebiet des engeren Untertanenverbandes. Der fränkische Knecht besaß keine patria und wurde daher zu deren Verteidigung nicht zugelassen.

Diese Lehre von der Gerichtsfolge will ich schließen mit der Beantwortung einer letzten Frage, mit der Frage, in welcher Weise das Volksrecht und das Königsrecht auf das Institut eingewirkt haben. Die Gerichtsfolge beruht im fränkischen Rechte, wie überhaupt im germanischen[1], anfangs auf Volksrecht. Die Gerichtsfolge war Volksdienst, nicht Königsdienst. Dies ergibt sich aus der

---

[1] Für die Gerichtsfolge bei den Angelsachsen Liebermann, Gesetze I, S. 193, § 2–5.

Decretio Chlotars, die dem 6. Jahrhundert entstammt[1]. Die darin befohlene Verfolgung von Verbrechern muß bei der Strafe von 5 Schillingen[2] vorgenommen werden. Aufgebotsberechtigt ist der Volksbeamte, der Centenar[3]. Haftpflichtig sind die Volksgenossen der Hundertschaft, in welcher die Sache gestohlen worden war. Aber noch im gleichen Jahrhundert bemächtigt sich die königliche Gewalt der Einrichtung. Ein Dekret Childeberts II. von 596[4] setzt für versäumte Gerichtsfolge bereits die Königsbuße von 60 Schillingen fest. Zudem gibt es das Aufgebotsrecht dem Centenarius aut cuilibet judice. Neben den Volksbeamten ist der Königsbeamte, der Graf, getreten. Seit dem Ende des 6. Jahrhunderts ist also die Gerichtsfolgepflicht eine auf königlichem Befehl ruhende Pflicht der Untertanen[5]. Sie ist bei Strafe des Königsbannes zu erfüllen. Die Gerichtsfolge ist Königsdienst.

Vielleicht hängt mit dieser veränderten Grundlage der Gerichtsfolge das Aufhören der Gesamthaftung der Gemeinde zusammen. Seit dem Landfriedensgesetz Chlotars I. und Childeberts I. tritt uns keine fränkische Quelle mehr entgegen, welche die Haftung der Volksgenossen für Diebstahl und Raub statuiert hätte. Die Vermutung liegt nahe, daß die Friedensbürgschaft, auf welche die Gesamthaftung aufgebaut war[6], durch die königliche Gewalt zerstört wurde. Indem sich der Königsfriede mehr und mehr an die Stelle des Volksfriedens setzte und der König kraft seiner Banngewalt die Pflicht zur Verfolgung von Verbrechern anordnete, mußte die auf Volksrecht ruhende Gerichtsfolge verblassen. Und so ist es nicht unwahrscheinlich, daß diese veränderte juristische Auffassung eine Abschwächung und endlich völlige Negierung

---

[1] Pactus pro tenore pacis von 511—558 (Boretius I, S. 5, c. 9). Die Anordnung von Centenen durch königliches Dekret widerspricht der volksrechtlichen Natur der ganzen Norm nicht. Denn einmal läßt sich nicht mehr mit Sicherheit sagen, inwieweit wir in dieser Einrichtung Neubildungen vor uns haben (vgl. Brunner, R.G. II[1], S. 147 f.). Und ferner konnten sehr wohl volksrechtliche Institute einer Gegend durch Königsgesetz in einer anderen Gegend eingeführt werden.

[2] Über die Hs., welche 15 Schillinge aufweist, siehe Sohm, R. u. G.Verf. S. 183.

[3] Cap. 9 und 16.

[4] Boretius I, S. 17, c. 9.

[5] Die Königsbuße von 60 Sol. ist noch Mitte des 9. Jahrhunderts überliefert. Oben S. 409.

[6] Auch Rietschel, Z.R.G. XXVIII, S. 392 gründet die Gesamthaftung auf die Friedensbürgschaft. Dazu Liebermann, S. 175 § 4 und Rauch, Spurfolge und Anefang, S. 158.

der auf Volksrecht ruhenden Gesamthaftung der Gemeindegenossen herbeiführte. Die gegenseitige Friedensgarantie der Genossen und die aus ihr fließende Gesamthaftung wurde durch den vom König garantierten und durch den Königsbann unterstützten Frieden allmählich gebrochen.

Endlich ruhte auf Königsrecht auch die eben geschilderte Schaffung des weiteren Untertanenverbandes. Auf Königsrecht ruhte damit indirekt auch die Anteilnahme der Unfreien an der Gerichtsfolge in Erfüllung ihrer Untertanenpflicht.

Fassen wir demnach die gesamte Entwicklung ins Auge, welche die Gerichtsfolgepflicht im Sinne der Erfüllung einer öffentlichen Pflicht durchgemacht hat, so ergeben sich folgende drei Stufen. Auf der ersten Stufe ist sie Staatsbürgerpflicht [1]. Sie ruht auf Volksrecht und ergreift nur die Volksgenossen, d. h. die freien Leute. Auf der zweiten Stufe, seit Ende des 6. Jahrhunderts, ist sie Untertanenpflicht. Sie ruht auf Königsrecht und beschränkt sich auf den engeren Untertanenverband, d. h. immer noch auf die freien Leute. Auf der dritten Stufe, etwa seit Ende des 8. Jahrhunderts, hat sie ihren königsrechtlichen Charakter beibehalten, umfaßt aber den weiteren Untertanenverband, die freien, halbfreien und unfreien Untertanen des fränkischen Reiches. Und diese rechtliche Natur ist ihr verblieben [2].

IV.

Eine Zusammenfassung der Ergebnisse und eine Gegenüberstellung der beiden behandelten Institute in ihrer vollsten Entfaltung ergibt nun folgendes Bild. Landfolge und Gerichtsfolge sind Verpflichtungen, welche in der Person als Mitglied des fränkischen Untertanenverbandes begründet sind. Aber dieser Untertanenverband ist kein einheitlicher.

---

[1] Für die älteste Zeit ist der Ausdruck Untertanenpflicht nicht angebracht.

[2] Das Kap. 6 der Capitula singillatim tradita et Hludowico pio (Boretius I, S. 334), welches die Überschrift trägt: De pace in hoste vel infra patriam, läßt sich weder für die Erkenntnis der Landfolge- noch der Gerichtsfolgeverhältnisse vorteilhaft verwerten. Es behandelt den Fall, daß ein Streit oder gar ein Aufstand ausgebrochen ist im Heer — also auf einem Kriegszuge — oder während des Friedens innerhalb des Staatsgebietes, der Patria. Die Fideles der Kirche und des Königs werden verpflichtet bei der Strafe des Königsbannes mit den Waffen herbeizueilen, »ob concordiam et pacem ferendam et ipsam litigationem mitigandam«. Die Volksgenossen sind also zu einem bewaffneten Eingreifen verpflichtet, das aber weder nach den Grundsätzen der Landfolge noch nach den Grundsätzen der Gerichtsfolge beurteilt werden darf. Weitere Nachrichten, um dieses Bild zu vervollständigen, fehlen.

Dieser Untertanenverband hat eine dualistische Struktur. Er gliedert sich in einen engeren und in einen weiteren Verband. Der engere Verband ist der Volksverband, der Verband der freien Volksgenossen, der Verband, der den Fidelitätseid schwört. Seine dingliche Grundlage ist das fränkische Reich, die fränkische patria.

Der weitere Untertanenverband ist der Verband aller Einwohner des fränkischen Reiches. In ihm findet sich neben den Freien die große Masse der halbfreien und unfreien Personen, die den Fidelitätseid nicht ableisten.

Die vornehmsten Äußerungen des engeren Verbandes sind die Heerpflicht und die Dingpflicht. Aktive Teilnahme am Heerwesen und am Gerichtswesen sind kennzeichnend für ihn. Der engere Verband ist also in erster Linie Heer- und Gerichtsverband.

Der weitere Untertanenverband ist Friedensverband. Pflicht zur Bewahrung des Landfriedens und Mithilfe bei Wiederherstellung des gebrochenen Friedens sind die vornehmsten Äußerungen dieses Verbandes.

Aus dieser dualistischen Gestaltung des Untertanenverbandes lassen sich allein Landfolge und Gerichtsfolge juristisch erklären, wie sie uns in den Quellen des 9. Jahrhunderts entgegentreten.

Die Landfolge ist eine Verpflichtung des engeren Verbandes. Sie fließt aus der Wehrpflicht der Untertanen. Heerfolgepflicht und Landfolgepflicht sind verschiedenartige Äußerungen dieser Wehrpflicht. Während z. B. bei der Heerfolge zwischen Dienstfähigen und Dienstverpflichteten geschieden wird [1], fällt diese Scheidung bei der Landfolge fort. Alle Dienstfähigen sind landfolgepflichtig. Und da Dienstfähigkeit und Waffenfähigkeit zusammenfallen, so gilt der Satz: landfolgepflichtig sind alle waffenfähigen Leute des engeren Verbandes, des Volksverbandes, alle Freien.

Die Gerichtsfolge dagegen ist eine Verpflichtung des weiteren Verbandes. Alle Untertanen dieses Verbandes, mögen sie waffenfähig sein oder nicht, nehmen daran teil. Waffentauglichkeit genügt, um im Einzelfalle die Pflicht auszulösen. Die Gerichtsfolge läßt sich nicht ableiten aus der Dingpflicht, denn diese ist eine Pflicht des engeren Ver-

[1] Diese Scheidung ist aber erst ein Produkt der späteren fränkischen Entwicklung. Ich gehe mit Roth und anderen von der Anschauung aus, daß ursprünglich alle freien Volksgenossen gleichmäßig zur Heerfolge verpflichtet waren. Die Verbindung von Heerfolge und Grundbesitz fällt meines Erachtens nicht vor das 8. Jahrhundert.

bandes. Die Gerichtsfolge ist vielmehr eine Äußerung der Friedensbewahrungspflicht, eben der Pflicht, um die sich der weitere Untertanenverband gruppiert.

Land- und Gerichtsfolge haben ihren Angelpunkt in der Grafschaft. Der Graf, als Diener des Königs, handhabt das Aufgebotsrecht. Zur Landfolge bietet er auf als Träger der königlichen Heergewalt in der Grafschaft, zur Gerichtsfolge als Wahrer des königlichen Landfriedens. Aber die Berechtigung des Grafen, das Aufgebot zu erlassen, ist da und dort verschieden. Zur Landfolge bietet er grundsätzlich nur auf besonderen Königsbefehl auf. Nur beim Angriff auf die eigene Grafschaft kommt ihm ein selbständiges Aufgebotsrecht zu. Zur Gerichtsfolge dagegen bannt er stets ohne Königsbefehl. Niemals muß er eine besondere königliche Erlaubnis abwarten. Aber im Gebiet der Landfolge wie im Gebiet der Gerichtsfolge handhabt der Graf königliche, nicht eigene Rechte. Daher ist auch die verwirkte Buße Königsbuße, nicht Grafenbuße.

Das gräfliche Aufgebotsrecht beschränkt sich auf den Amtssprengel, auf die Grafschaft. Der Graf vermag in seiner Grafschaftnur seine Grafschaftsleute zur Land- wie zur Gerichtsfolge heranzuziehen. Einheit und Geschlossenheit des Grafschaftsverbandes sind durchaus gewahrt.

Zeitlich sind beide Pflichten nicht begrenzt. Im scharfen Gegensatz zum späteren Mittelalter begegnen uns keine Quellen, welche eine Verteidigungspflicht oder eine Verfolgungspflicht nach Tagen aufgestellt hätten. Wie die Umstände es erfordern, muß der Mann dem Feinde gegenüberstehen, muß er den Verbrecher verfolgen. Diese ungemessenen Pflichten konnten also im Einzelfalle außerordentlich beschwerlich für die Untertanen wirken.

Örtlich dagegen zeigen sich, dem Wesen der beiden Institute entsprechend, Verschiedenheiten. Die Landfolgepflicht kennt keine örtliche Grenze. Weder an der Grafschafts- noch an der Reichsgrenze kann rechtlich halt gemacht werden. Erfordert die defensio patriae eine Überschreitung der Grenzmark, so hat die Landwehr Folge zu leisten. Im Bereiche der Gerichtsfolge dagegen bildet die Grafschaft die örtliche Grenze der Verpflichtung. Der Polizeidienst endet an der Grenze des Amtssprengels. Ein Recht dagegen, den Missetäter auch in das fremde Grafschaftsgebiet hinein zu verfolgen, ist unbedingt anzunehmen, wiewohl sich die Quellen darüber nicht aussprechen.

Was die Teilnahme der Geistlichen anbetrifft, so hat die Untersuchung gezeigt, daß für diesen Stand weder eine Land- noch eine Gerichtsfolgepflicht abgeleitet werden kann. Das geistliche Amt, wie die Mönchswürde schützten den Träger vor Verpflichtungen, die doch nach den Anschauungen der Kirche weder dem Geistlichen noch dem Ordensglied auferlegt werden konnten. Nur wo der Stand dazu benutzt wurde, sich diesen Untertanenpflichten zu entziehen, trat Befreiung nicht ein. Wer sich zum Priester weihen ließ oder die Kutte nahm, um damit diesen Pflichten aus dem Wege zu gehen, der sollte ebensowenig geschützt werden wie der Mann, der sich einem Senior kommendierte, um dadurch die Pflicht der Heerfolge von sich abzuschütteln.

Die Charakteristik darf nicht schließen, ohne noch auf eine staatsrechtlich sehr wichtige Erscheinung aufmerksam zu machen. Seit dem 8. Jahrhundert weist der fränkische Untertanenverband eine Durchbrechung auf durch das Seniorat. Das Seniorat beginnt, vor allem im Bereiche der Heerverfassung, den Untertanenverband in zwei große Gruppen zu zergliedern, in die Gruppe der mittelbaren und in die Gruppe der unmittelbaren Untertanen. Nur ein Teil der Glieder dieses engeren Untertanenverbandes hat die unmittelbare Verbindung mit der öffentlichen Gewalt, mit Graf und König beibehalten. Der andere Teil ist mediatisiert worden, indem sich zwischen Untertan und Staat eine Mittelgewalt, das Seniorat, einschiebt. Es wird niemand leugnen, daß damit ein privatrechtliches Element stärkster Ordnung in die öffentlichrechtliche Struktur des Staates, besonders der Heerverfassung, hineingeschoben wurde. Ist es doch nur noch ein Schritt zu der Anschauung, daß der Heerdienst nicht mehr dem Reiche, dem König, sondern einem frei gewählten Schutz- und Gewaltherrn, dem Senior, geleistet werde.

Im Bereiche der Landfolge und der Gerichtsfolge spielt das Seniorat keine Rolle. Die einheitliche Struktur des fränkischen Untertanenverbandes ist nach dieser Richtung erhalten geblieben. Die Staatsverfassung hat ihren öffentlichen Charakter bewahrt. Der Dienst in der Landwehr und der Dienst im Polizeiaufgebot gelten als Königsdienst. Die Macht des fränkischen Königtums ist durch die aristokratische Macht des Seniorats nicht geschmälert worden. Landfolge und Gerichtsfolge bedeuten demnach kräftige Grundpfeiler, auf denen der eigentliche Staatsgedanke weiter fortlebt.

Anhang.

Über den Begriff der Patria im fränkischen Recht.

I.

Sohm hat in seiner Reichs- und Gerichtsverfassung eine Reihe der wichtigsten Stellen, die von der patria handeln, zusammengestellt. Er hat den Beweis geliefert, daß die Homeyersche Lehre von der patria, als des Bezirks, in dem das Stammgut (hantgemal) liegt, nicht stimmt. Sohm hat daraus den für ihn so wichtigen Schluß auf die Gerichtsverfassung gezogen. Nicht der Gerichtsstand des Stammgutes, sondern das Forum des Wohnsitzes und das Forum des Grundbesitzes waren die beiden ordentlichen allgemeinen Gerichtsstände des fränkischen Rechts (vgl. S. 327).

Ich möchte in Ergänzung und Erweiterung der Sohmschen Ausführungen die verschiedenen Bedeutungen des Begriffes patria hier beleuchten. Der Begriff ist für unsere Darlegungen wichtig wegen der defensio patriae, der Landfolge.

Erstens wird der Begriff untechnisch verwendet, um irgendein geographisches Gebiet, ein »Land«, zu bezeichnen (Beispiel aus Gregor von Tours [Hist. Franc. V 1] bei Sohm a. a. O. S. 309). Ich füge noch hinzu aus Zeumer, Formulae (Senonenses, Additamentum, S. 223): per multas patrias, d. h. durch viele Länder.

Zweitens. Regelmäßig findet aber der Begriff in bestimmter technischer Ausprägung Verwendung in den Quellen. Es ergeben sich folgende Unterscheidungen:

1. Die Patria als Geburtsgau.

Die patria ist der Gau, in dem die Person geboren wurde. Patria und Geburtsgau decken sich. Beispiele bei Sohm 320 ff., hauptsächlich in richtiger Interpretation der Extravagantia zur Lex Salica B II (in alia regione fuit natus aut longe infra patria). Siehe ferner die Urkunden der Karolinger I (Mühlbacher 1906) S. 291 Nr. 218. Urkunde Karls des Großen von 813 Mai 9: praefatus Hiddi mallens fidem suam servare quam cum ceteris infidelibus perseverare, relinquens patriam nativitatis

suae veniens ad nos, d. h. Hiddi verließ seine Heimat und begab sich zum Kaiser. Die patria ist der Bezirk der Geburt.

Weiterhin das Capitulare Missorum von 792 vel 786 (Boretius I 67) cap. 4: Nachdem die Leute aufgezählt worden sind, welche den Fidelitätseid zu leisten haben, fährt die Stelle fort: Et nomina vel numerum de ipsis qui iuraverunt ipsi missi in brebem secum adportent; et comites similiter de singulis centinis semoti, tam de illos qui infra pago nati sunt et pagensales fuerint, quamque et de illis qui aliunde in bassalatico commendati sunt. Nach dieser vielumstrittenen Stelle[1] werden die Grafen angewiesen, für die einzelnen Hundertschaften gesondert Verzeichnisse anzulegen, in welche sowohl diejenigen aufzunehmen sind, welche im Gau geboren und Gaugenossen sind (pagensales), als auch diejenigen, welche von auswärts (aliunde, anderswoher) sich in ein Vassallitätsverhältnis (im Gau) begeben haben. Es werden also unterschieden die im Gau geborenen Gaugenossen von den nicht im Gau Geborenen, aber dort infolge einer Kommendation Domizilierten. Der Gegensatz ist zunächst: die infra pago nati und die aliunde commendati sunt. Die einen sind geboren im Gau, die anderen außerhalb des Gaues. Aber beide sind sie domiziliert im Gau und deshalb, als Einwohner, sollen sie vom Grafen verzeichnet werden. Wenn Sohm annimmt, daß der als Vassall Kommendierte im Gau nicht domiziliert aber begütert war, so kann ich ihm darin nicht folgen. Die Quelle sagt nichts von einem beneficium des Vassallen. Es ist wohl möglich, daß dessen beneficium auch in diesem Gau lag. Aber das, worauf es ankommt, ist das personenrechtliche Verhältnis, die Kommendation. Ein auswärts Geborener kommendiert sich einem inländischen Herrn und nimmt damit sein Domizil im pagus dieses Herrn.

Auch die pagensales sind Leute, die im Gau domiziliert sind. Die zahlreichen Stellen über die pagenses oder pagensales in den Kapitularien zeigen deutlich, daß nicht die Geburt, sondern der Wohnsitz zum pagensalis, zum Gaugenossen macht. Die pagensales sind die Gauleute des Grafen. Z. B. in Capitula a missis dominicis ad comites directa von 801 bis 813 (Boretius I 184) cap. 1: die Grafen werden angewiesen, ut tam vos ipsi quamque omnes iuniores seu pagenses vestri episcopo vestro sive praesenti seu . . . obedientes sitis . . .

[1] Vgl. Sohm, RG. V 280 u. 337, wo mit Recht auf die falsche Interpretation von Waitz in VG. III[1] S. 253 hingewiesen wird.

Ebenso ist im Pippini capitulare Italicum von 801(806?) bis 810 (Boretius I 210) cap. 12 die Rede von tales eligantur qui testimonium bonum habeant inter suos (des Grafen) pagenses[1]. Dieses Verhältnis ist ein öffentlich-rechtliches. Die pagenses sind die dem Grafen kraft seiner Amtsgewalt unterworfenen Leute. Denn im Capitulare Missorum von 792 vel 786 (Boretius I 67) cap. 4 werden die pagenses von den Leuten (homines) der Grafen (comites) ausdrücklich unterschieden. Die pagensales sind Leute, welche unmittelbar unter dem Grafen stehen, deren Verbindung mit der gräflichen Gewalt durch kein privates Schutzverhältnis, sei es einem geistlichen oder weltlichen Herrn gegenüber, durchbrochen ist[2]. Es sind die Gerichtsgenossen des Gaues. Z. B. Capitulare Saxonicum von 797 Oktober 28 (Boretius I 72) cap. 8: condicto commune placito simul ipsi pagenses veniant: et si unianimiter consenserint, pro districtione illius causa incendatur. Es sind die Heerpflichtigen des Gaues. Z. B. capitula de rebus exercitalibus in placito tractanda von 811 (Boretius I 165) cap. 7: Sunt etiam alii qui dicunt se esse homines Pippini et Chluduici et tunc profitentur se ire ad servitium dominorum suorum, quando alii pagenses in exercitum pergere debent. Oder Capitulare missorum Wormatiense von 829 Aug. (Boretius-Krause II 16) cap. 13: Postquam comes et pagenses de qualibet expeditione hostili reversi fuerint[3] etc. Es sind die Leute, die zu öffentlichen Arbeiten herangezogen werden, so in Capitula missorum von 821 (Boretius I 301) cap. 11 zu Brückenbauten: De duodecim pontibus super Sequanam volumus, ut hic pagenses qui eos facere debent a missis nostris mandetur etc. Es sind die Kirchenleute, die gegenüber den Taufkirchen bestimmte Verpflichtungen zu erfüllen haben (Pippini capitulare ca 790, Boretius I 200 cap. 2), und die ihrem Bischof in kirchlichen Dingen Gehorsam schuldig sind (das oben genannte cap. 1 der capitula a missis dominicis ad comites directa). Deuten schon alle diese Quellenstellen darauf, daß wir es mit Leuten, die im Gau domiziliert sind, zu tun haben, so er-

[1] Dazu auch Boretius I 167 cap. 7: sed cum comite cuius pagenses sunt.

[2] Vgl. dafür namentlich das oben S. 420 zitierte capitulare missorum. Die Leute, die sich in ein Vassallenverhältnis begeben haben, werden daher nicht zu den pagensales gezählt. Dazu auch Boretius I 164 cap. 1 (a. 811).

[3] Siehe auch Boretius-Krause II 321 cap. 26 die pagenses Franci, die mit dem Grafen ins Feld ziehen.

gibt sich dies mit noch größerer Bestimmtheit aus den Responsa missis data von 826 (Boretius I 315) cap. 10: De querela Hildebrandi comitis, quod pagenses eius paravereda dare recusant: volumus ut hoc missi nostri ab his hominibus qui in eodem comitatu manent et ea dare non debent nec non a vicinis comitibus inquirant; et si invenerint, quod ipsi ea dandi debitores sint, ex nostra iussione dare praecipiant.

Wir gewinnen somit abschließend den Begriff pagenses oder pagensales: Es sind die freien Gauleute, welche in der Grafschaft domiziliert und in kein Schutzverhältnis getreten sind, das ihre unmittelbare Verbindung mit ihrem Grafen gelöst hätte. Es sind die Gerichts- und Dienstunterworfenen freien Grafschaftsbewohner.

Diese Untersuchung über die pagenses war notwendig, um den Unterschied zwischen Heimat und Domizil feststellen zu können. Alle diese Stellen sagen über die Heimat der pagenses gar nichts aus. Heimatzugehörigkeit und Gauzugehörigkeit decken sich nicht. Die Heimatzugehörigkeit wird durch die Geburt bestimmt, die Gauzugehörigkeit durch das Domizil. Jetzt erst verstehen wir auch die oben[1] zitierte Norm des Capitulare 792 vel 786, welche dem Grafen befiehlt, die Leute zu verzeichnen qui infra pago nati sunt et pagensales fuerint. Nur die Leute, die beheimatet sind im Gau (durch die Geburt) und zugleich Gaugenossen sind (durch das Domizil), sollen in das Verzeichnis aufgenommen werden. Das Domizil verschafft noch keine Heimat. Die Heimat braucht mit dem Domizil nicht zusammenzufallen. Die öffentlich-rechtliche Gauzugehörigkeit wird allein durch das Domizil begründet. So übereinstimmend Sohm im R. und G. Verfassung Seite 321.

Noch sei zum Schlusse eine Stelle herangezogen, welche zeigt, daß Domizil und Heimat scharf unterschieden werden. Es wird die Capitula per missos cognita facienda von 803 bis 813 (Boretius I 157) cap. 3: Ut nullus conparet, caballum, bovem ant iumentum vel alia, nisi illum hominem cognoscat qui ei vendidit, aut de quo pago est vel ubi manet aut quis est eius senior. Der Käufer muß in bezug auf die Person des Verkäufers wissen, welches dessen Heimat ist (de quo pago est), oder welches dessen Domizil (ubi manet) oder wer dessen Schutzherr (eius senior) ist. Alle drei Orte können, wenn sich ein Streit aus dem Kauf-

[1] S. 420.

vertrag entspinnen sollte, prozessual von Bedeutung werden. Es ist daher sicher nicht richtig, wenn Sohm mit Rücksicht auf diese Stelle sagt, daß sämtliche Wendungen das gleiche, nämlich den Wohnort des Auctors zur Zeit des Vertragsschlusses bezeichneten.

Die von Sohm a. a. O. S. 300 angezogenen Quellen, in denen das Wort patria vorkommt, zeigen, daß das forum domicilii als ordentlicher Gerichtsstand zu betrachten ist, was Sohm überzeugend nachgewiesen hat. Sie geben keinen Anhaltspunkt dafür, daß unter patria ein anderer als der Geburtsgau zu begreifen ist. Um einer zu engen und damit irrtümlichen Interpretation des Begriffes Geburtsgau vorzubeugen, möchte ich noch folgendes bemerken. Die Quellen haben als Geburtsgau die Grafschaft im Auge, in der die Person normalerweise geboren wird. Und das ist der Gau, in dem die Familie angesessen ist. Würde also ein Kind etwa auf einer Reise außerhalb des Gaues geboren, so bliebe doch der Familiengau der Geburtsgau. Der Geburtsgau und damit die Heimat im Rechtssinne können aber wechseln, wenn die Familie seit längerer Zeit in einer anderen Grafschaft angesiedelt ist. Vielleicht gilt noch für die nächste, vielleicht auch noch für die zweite Generation der alte Gau als Heimat. Ein Capitulare von 820 darf gewiß in diesem Sinne gedeutet werden. Es heiß im cap. 3 der Capitula de iusticiis faciendis (Boretius I 295): Statuendum est, ut unusquisque qui censum regium solvere debet in eodem loco illum persolvat ubi pater et avus eius solvere consueverunt. Dieser Königszins wird doch wohl im Geburtsgau der Familie entrichtet worden sein[1]. Der Enkel wird angehalten, ihn in diesem Geburtsgau weiter zu bezahlen. Noch in der zweiten Generation gilt der Heimatort als der Steuerort. In der dritten vermutlich nicht mehr. Mit dem Urenkel wäre somit eine neue Heimat im Rechtssinne begründet gewesen.

Sicheren Aufschluß geben uns die Quellen über diese Dinge nicht. Sie begnügen sich mit dem Regelfall: der Mensch wird geboren, wo die Familie seit Jahrhunderten sitzt. Und dieser Geburtsgau ist der Heimatgau. In weitaus den meisten Fällen wird der Heimatgau auch mit dem Gau des Domizils zusammengefallen sein.

---

[1] Dies ist um so eher anzunehmen, als die Norm davon ausgeht, daß pater und avus im gleichen Orte saßen.

2. Patria und Grundbesitz.

Die patria steht in engster Verbindung mit dem Grundbesitz der Familie. Es sei vor allem auf die Stelle Einhards bei Sohm S. 318 verwiesen. Dazu auch der Aufsatz von Sohm über das Hantgemal in Z.R.G. 30 S. 103—116.

Die patria ist das Land, in dem sich das Familiengut befindet[1]. Das ist nicht auffallend. Denn da, wo eine Person geboren wird, liegt regelmäßig auch das Familiengut. Deshalb ist aber der Schluß noch nicht gerechtfertigt, der Stammgutsgau sei der Heimatgau gewesen. Es werden nun in sehr vielen Fällen Heimatgau und Gau des Familienbesitzes zusammengefallen sein. Aber juristisch maßgebend bleibt immer die Geburt. In diesem Sinne ist auch Lex Salica 39 (de plagiatoribus) aus Handschrift 5 (Geffcken Seite 38) IV zu erklären:

Si quis hominem ingenuum plagiaverit et vindiderit et postea in patriam ad propria reversus fuerit, solidos C culpabilis judicetur. Die Heimat wird gekennzeichnet als das Land, in dem die propria liegen. Man kehrt ad propria zurück. Damit kann nur Grundbesitz gemeint sein. Aber auch diese Stelle sagt nicht, daß der Heimatbegriff durch den Grundbesitz bestimmt werde. Vergleiche auch Urkunden der Karolinger I 279. Urkunde Nr. 208, um 808. Juli 17: ad patriam remisimus et eorum legitimam hereditatem, quam habuimus im fisco revocatam, reddere aliquibus iussimus. Die Hereditas liegt in der patria.

3. Patria und Sippe.

Sohm hat bereits dem cap. 2 der capitula legi addita[2] von 816 (de his duobus liceat illi sacramentum in patria, id est in legitimo sacramenti loco, iurandum offerre) sowie der Extravagante zu Lex Salica B II[3] die richtige Interpretation gegeben (Seite 316ff). In dem Prozeß um die Freiheit und um das väterliche Erbgut braucht sich der Beklagte nur in der patria sua einzulassen. Dort allein ist er imstande, die aus der Sippe (ex paterna und ex materna genealogia oder progenie) zu stellende Zahl von Zeugen aufzubringen. Wo er geboren ist, wohnt seine Sippe[4].

---

[1] Siehe auch in Lex Sal. 55 (de corporis expoliatis) die Variationen der Handschriften, statt: »ut liceat ei infra patriam esse«, »ut liceat ei infra paternam esse«. In der patria lag der väterliche Grundbesitz, lagen die paterna.

[2] Boretius I 268.

[3] Geffcken a. a. O. S. 92.

[4] Für die Kinder, die mit ihrem Vater und ihrer Mutter wohnen auf der proprietas, die in der patria gelegen ist, vgl. Zeumer: Formulae Sangallenses 401 Nr. 8.

Wo er geboren ist, kennt man seine Statusverhältnisse. Daher ist der Geburtsgau der Gau des Schwurs. Daher wird auch der Prozeß um das Familiengut, das der pater moriens hinterläßt, dort am besten geführt. Wo der pater starb, saß auch die väterliche und in vielen Fällen auch die mütterliche Sippe. Mit keinem Worte aber sagen auch hier die Quellen, daß durch das Stammgut die Stammheimat und damit die patria geschaffen worden sei. Ebensowenig erklären sie, daß der Wohnort der Sippe als solcher geeignet war, die Eigenschaft als patria hervorzurufen.

4. Patria und Staatsgebiet.

Bis dahin wurde der Begriff patria untersucht mit Rücksicht auf den Personenstand und den Gerichtstand einer Person. Von dem einzelnen aus, von der Person und seiner Sippe aus wurde der Begriff beleuchtet. Jetzt soll der Begriff noch im staatsrechtlichen Sinne festgestellt werden, d. h. die patria als Staatsganzes oder als Teil des Staatsganzen. Vom fränkischen Staatsgebiet aus soll die patria ins Auge gefaßt werden. In diesem Sinne bezeichnet patria einmal den Gau, die fränkische Grafschaft, also den Amtssprengel eines Grafen. Den Beweis dafür liefern die bereits beigebrachten zahlreichen Quellen über den Geburtsgau und den Gau des Domizils. Siehe ferner Zeumer, Formulae imperiales Nr. 31 (310), Nr. 32 (311), Nr. 37 (315), Nr. 41 (319), Nr. 52 (325) und Nr. 55 (327). Es ist dort der Fall vorausgesetzt, daß Prozesse infra patriam absque gravi et inique dispendio definite esse nequiverint. Dann wird der Prozeß vor das Königsgericht gebracht. Das Grafengericht für die Grafschaft, für die patria und das Königsgericht für das Reich stehen im deutlichen Gegensatze.

Selten bezieht sich patria auf ein Stammesgebiet. So z. B. in Urkunden der Karolinger I 279 U. Karls des Großen von 808, Juli 17: aliquos Langobardos foras patriam in Francia ductos habuimus. Das langobardische Stammesreich wird also noch zu Beginn des 9. Jahrhunderts als eigene patria bezeichnet. Siehe auch Zeumer Formulae, Collectio Sangallensis Nr. 9 S. 402, wo Gallien, Francien, Noricum als außerhalb der patria gelegen genannt werden. Ferner das Capitulare Aquitanicum Pipppini von 768 (Boretius I 63) cap. 10: Ut omnes homines eorum legis habeant tam Romani quam et Salici, et si de alia provincia advenerit, secundum legem ipsius patriae vivat. Mit Provincia bzw. patria wird das Gebiet eines jeden Stammes bezeichnet.

Auch zur Bezeichnung eines Teilreiches kommt patria vor. So in den Capitula Pistensia von 862 Juni (Boretius-Krause II 308) cap. 4: Et item in capitulis avi et patris nostri scriptum est de his qui in exercitu quoscunque secum ducunt, quod et nos infra patriam volumus observare. Das westfränkische Reich heißt patria[1]. Auf ein Teilreich ist wohl auch Boretius I 334 cap. 6 (de pace in hoste vel infra patriam) zu beziehen, eine Norm, die wahrscheinlich später als in die Zeit Ludwigs des Frommen anzusetzen ist, wie der Herausgeber mit Recht annimmt.

Endlich verstehen die Quellen sehr häufig unter Patria die ganze fränkische Monarchie. Ich führe beispielsweise an: Formulae Marculfi (Zeumer S. 40): pro statu ecclesiae et salutae regis vel patriae voleant plenius Dominum exorare (monachi). Oder Boretius I 59 c. 67 in der Admonitio generalis von 789: Verbot der homicidia infra patriam. Dazu Cap. von 802 c. 42 a. a. O. 104. Oder Boretius I 128 c. 6 Divisio regnum von 806: sive infra patriam, sive contra exteras nationes, wo das Reich als geschlossene Nation, als patria im Gegensatz zu auswärtigen Nationen erscheint. Oder Boretius I S. 67 cap. 6, Capitulare Missorum von 792 vel 786: Verpflichtung zur Bewahrung des Friedens der zum Heere ziehenden Krieger infra patria.

Endlich Boretius-Krause II 74 die adnuntiatio Hludowici von 851: ut suum fratrem, ubicumque necessitas fuerit, et infra patriam et foris patriam aut per se ipsum aut per infantem vel fideles suos et consilio et auxilio sic adiuvet . . . Das gesamte Frankenreich gilt trotz der Teilreiche als eine patria[2].

II.

Fassen wir die gesamten Quellen, die uns Aufschluß geben über den Begriff patria, ins Auge, so zeigt sich, daß diese patria im Sinne von Heimat oder von Vaterland nur mit dem engeren Untertanen-

[1] Für die Tatsache, daß damals der Begriff des allgemeinen Frankenreiches noch lebendig war, Waitz-Zeumer V. G. V S. 9. Vgl. namentlich Anm. 2, wo gesagt ist, dass auch regnum bald das ganze Frankenreich, bald nur das Teilreich bezeichnete.

[2] Höchst interessanten Aufschluß über den Begriff der Patria geben die Leges Langobardorum ed. Bluhme (1869). Ich gebe die von mir untersuchten Stellen hier wieder: Im Edictus Rothari Capitel 3, 4, 5, 176, 204, 264 u. 273; Liutprandi Leges Capitel 11, 15, 48 u. 49; Ratchis Leges Capitel 13. Aregis Capitula Capitel 4, u. 13; Adelchis Capitula Vorrede Seite 177 (ad salutationem et iustitiam suae patriae pertinentia). Arechis pactio Capitel 4 u. 7; Sicardi pactio Capitel 13.

verband, nur mit dem Volksverband[1] in Beziehung steht. Nur der freie Volksgenosse hat eine Sippe, hat Familiengrundbesitz. Nur für den freien Volksgenossen kann die Geburt als ausschlaggebend gedacht werden zur Bestimmung der Heimat. Der Geburtsort des Knechtes fällt rechtlich nicht in Betracht. Nur Freie nehmen an der Vaterlandsverteidigung, an der defensio patriae teil. Nur für Freie ist es von Bedeutung, wenn von einer lex patriae[2] gesprochen wird (Boretius I 43, cap. 10). Und in erster Linie jedenfalls ist an Freie zu denken, wenn verboten wird, am Gericht infra patriam mit Schild und Lanze zu erscheinen (Boretius I 156, cap. 1). Fügen wir dazu, daß es eine Treulosigkeit gegen die patria gibt, die als Vaterlandsverrat angesehen[3], daß für das Heil der patria wie für das Heil der Kirche oder das Heil des Königs gebetet[4], und daß das in der patria zusammengefaßte Volk als natio betrachtet wird, so scheint mir der Schluß gerechtfertigt, daß bereits in fränkischer Zeit die Anfänge des Vaterlandsgedankens vorhanden waren. Das dingliche Substrat dieses Vaterlandes waren die fränkische Monarchie oder Teile dieses Staatsgebietes. Der persönliche Träger war der engere Untertanenverband. Wenn es möglich ist, in das Bewußtsein einer fernen Zeit einzudringen, so möchte ich sagen: die fränkische Epoche war beherrscht vom Gedanken, daß der freie Mann, aber auch nur dieser, das stolze Gefühl haben konnte und durfte, Bürger einer patria, eines Vaterlandes zu sein.

---

[1] Für die enge Verbindung von patria und Volk siehe bei Waitz V. G. III[1] 263 Anm. 5 die Vita Walae, wo gepredigt wird pro fide regni et regis, pro amore patriae ac populi pro religione ecclesiarum et salute civium.

[2] Für das Richten nach der Lex loci ubi natus fuit Lex Ribuaria (Sohm) cap. 31, 3.

[3] Der proditor patriae erleidet den Tod. Boretius Krause II 321 cap. 25 (a. 864). Dazu 332 cap. 14 (a. 865).

[4] Oben Seite 426 die Formel Marculfs. Dazu Zeumer Formulae S. 43.

2. Patria und Grundbesitz.

Die patria steht in engster Verbindung mit dem Grundbesitz der Familie. Es sei vor allem auf die Stelle Einhards bei Sohm S. 318 verwiesen. Dazu auch der Aufsatz von Sohm über das Hantgemal in Z.R.G. 30 S. 103—116.

Die patria ist das Land, in dem sich das Familiengut befindet[1]. Das ist nicht auffallend. Denn da, wo eine Person geboren wird, liegt regelmäßig auch das Familiengut. Deshalb ist aber der Schluß noch nicht gerechtfertigt, der Stammgutsgau sei der Heimatgau gewesen. Es werden nun in sehr vielen Fällen Heimatgau und Gau des Familienbesitzes zusammengefallen sein. Aber juristisch maßgebend bleibt immer die Geburt. In diesem Sinne ist auch Lex Salica 39 (de plagiatoribus) aus Handschrift 5 (Geffcken Seite 38) IV zu erklären:

Si quis hominem ingenuum plagiaverit et vindiderit et postea in patriam ad propria reversus fuerit, solidos C culpabilis judicetur. Die Heimat wird gekennzeichnet als das Land, in dem die propria liegen. Man kehrt ad propria zurück. Damit kann nur Grundbesitz gemeint sein. Aber auch diese Stelle sagt nicht, daß der Heimatbegriff durch den Grundbesitz bestimmt werde. Vergleiche auch Urkunden der Karolinger I 279. Urkunde Nr. 208, um 808. Juli 17: ad patriam remisimus et eorum legitimam hereditatem, quam habuimus im fisco revocatam, reddere aliquibus iussimus. Die Hereditas liegt in der patria.

3. Patria und Sippe.

Sohm hat bereits dem cap. 2 der capitula legi addita[2] von 816 (de his duobus liceat illi sacramentum in patria, id est in legitimo sacramenti loco, iurandum offerre) sowie der Extravagante zu Lex Salica B II[3] die richtige Interpretation gegeben (Seite 316ff). In dem Prozeß um die Freiheit und um das väterliche Erbgut braucht sich der Beklagte nur in der patria sua einzulassen. Dort allein ist er imstande, die aus der Sippe (ex paterna und ex materna genealogia oder progenie) zu stellende Zahl von Zeugen aufzubringen. Wo er geboren ist, wohnt seine Sippe[4].

---

[1] Siehe auch in Lex Sal. 55 (de corporis expoliatis) die Variationen der Handschriften statt: »ut liceat ei infra patriam esse«, »ut liceat ei infra paternam esse«. In der patria lag der väterliche Grundbesitz, lagen die paterna.

[2] Boretius I 268.

[3] Geffcken a. a. O. S. 92.

[4] Für die Kinder, die mit ihrem Vater und ihrer Mutter wohnen auf der proprietas, die in der patria gelegen ist, vgl. Zeumer: Formulae Sangallenses 401 Nr. 8.

Wo er geboren ist, kennt man seine Statusverhältnisse. Daher ist der Geburtsgau der Gau des Schwurs. Daher wird auch der Prozeß um das Familiengut, das der pater moriens hinterläßt, dort am besten geführt. Wo der pater starb, saß auch die väterliche und in vielen Fällen auch die mütterliche Sippe. Mit keinem Worte aber sagen auch hier die Quellen, daß durch das Stammgut die Stammheimat und damit die patria geschaffen worden sei. Ebensowenig erklären sie, daß der Wohnort der Sippe als solcher geeignet war, die Eigenschaft als patria hervorzurufen.

4. Patria und Staatsgebiet.

Bis dahin wurde der Begriff patria untersucht mit Rücksicht auf den Personenstand und den Gerichtstand einer Person. Von dem einzelnen aus, von der Person und seiner Sippe aus wurde der Begriff beleuchtet. Jetzt soll der Begriff noch im staatsrechtlichen Sinne festgestellt werden, d. h. die patria als Staatsganzes oder als Teil des Staatsganzen. Vom fränkischen Staatsgebiet aus soll die patria ins Auge gefaßt werden. In diesem Sinne bezeichnet patria einmal den Gau, die fränkische Grafschaft, also den Amtssprengel eines Grafen. Den Beweis dafür liefern die bereits beigebrachten zahlreichen Quellen über den Geburtsgau und den Gau des Domizils. Siehe ferner Zeumer, Formulae imperiales Nr. 31 (310), Nr. 32 (311), Nr. 37 (315), Nr. 41 (319), Nr. 52 (325) und Nr. 55 (327). Es ist dort der Fall vorausgesetzt, daß Prozesse infra patriam absque gravi et inique dispendio definite esse nequiverint. Dann wird der Prozeß vor das Königsgericht gebracht. Das Grafengericht für die Grafschaft, für die patria und das Königsgericht für das Reich stehen im deutlichen Gegensatze.

Selten bezieht sich patria auf ein Stammesgebiet. So z. B. in Urkunden der Karolinger I 279 U. Karls des Großen von 808, Juli 17: aliquos Langobardos foras patriam in Francia ductos habuimus. Das langobardische Stammesreich wird also noch zu Beginn des 9. Jahrhunderts als eigene patria bezeichnet. Siehe auch Zeumer Formulae, Collectio Sangallensis Nr. 9 S. 402, wo Gallien, Francien, Noricum als außerhalb der patria gelegen genannt werden. Ferner das Capitulare Aquitanicum Pipppini von 768 (Boretius I 63) cap. 10: Ut omnes homines eorum legis habeant tam Romani quam et Salici, et si de alia provincia advenerit, secundum legem ipsius patriae vivat. Mit Provincia bzw. patria wird das Gebiet eines jeden Stammes bezeichnet.

Auch zur Bezeichnung eines Teilreiches kommt patria vor. So in den Capitula Pistensia von 862 Juni (Boretius-Krause II 308) cap. 4: Et item in capitulis avi et patris nostri scriptum est de his qui in exercitu quoscunque secum ducunt, quod et nos infra patriam volumus observare. Das westfränkische Reich heißt patria[1]. Auf ein Teilreich ist wohl auch Boretius I 334 cap. 6 (de pace in hoste vel infra patriam) zu beziehen, eine Norm, die wahrscheinlich später als in die Zeit Ludwigs des Frommen anzusetzen ist, wie der Herausgeber mit Recht annimmt.

Endlich verstehen die Quellen sehr häufig unter Patria die ganze fränkische Monarchie. Ich führe beispielsweise an: Formulae Marculfi (Zeumer S. 40): pro statu ecclesiae et salutae regis vel patriae voleant plenius Dominum exorare (monachi). Oder Boretius I 59 c. 67 in der Admonitio generalis von 789: Verbot der homicidia infra patriam. Dazu Cap. von 802 c. 42 a. a. O. 104. Oder Boretius I 128 c. 6 Divisio regnum von 806: sive infra patriam, sive contra exteras nationes, wo das Reich als geschlossene Nation, als patria im Gegensatz zu auswärtigen Nationen erscheint. Oder Boretius I S. 67 cap. 6, Capitulare Missorum von 792 vel 786: Verpflichtung zur Bewahrung des Friedens der zum Heere ziehenden Krieger infra patria.

Endlich Boretius-Krause II 74 die adnuntiatio Hludowici von 851: ut suum fratrem, ubicumque necessitas fuerit, et infra patriam et foris patriam aut per se ipsum aut per infantem vel fideles suos et consilio et auxilio sic adiuvet . . . Das gesamte Frankenreich gilt trotz der Teilreiche als eine patria[2].

II.

Fassen wir die gesamten Quellen, die uns Aufschluß geben über den Begriff patria, ins Auge, so zeigt sich, daß diese patria im Sinne von Heimat oder von Vaterland nur mit dem engeren Untertanen-

---

[1] Für die Tatsache, daß damals der Begriff des allgemeinen Frankenreiches noch lebendig war, Waitz-Zeumer V. G. V S. 9. Vgl. namentlich Anm. 2, wo gesagt ist, dass auch regnum bald das ganze Frankenreich, bald nur das Teilreich bezeichnete.

[2] Höchst interessanten Aufschluß über den Begriff der Patria geben die Leges Langobardorum ed. Bluhme (1869). Ich gebe die von mir untersuchten Stellen hier wieder: Im Edictus Rothari Capitel 3, 4, 5, 176, 204, 264 u. 273; Liutprandi Leges Capitel 11, 15, 48 u. 49; Ratchis Leges Capitel 13. Aregis Capitula Capitel 4, u. 13; Adelchis Capitula Vorrede Seite 177 (ad salutationem et iustitiam suae patriae pertinentia). Arechis pactio Capitel 4 u. 7; Sicardi pactio Capitel 13.

verband, nur mit dem Volksverband[1] in Beziehung steht. Nur der freie Volksgenosse hat eine Sippe, hat Familiengrundbesitz. Nur für den freien Volksgenossen kann die Geburt als ausschlaggebend gedacht werden zur Bestimmung der Heimat. Der Geburtsort des Knechtes fällt rechtlich nicht in Betracht. Nur Freie nehmen an der Vaterlandsverteidigung, an der defensio patriae teil. Nur für Freie ist es von Bedeutung, wenn von einer lex patriae[2] gesprochen wird (Boretius I 43, cap. 10). Und in erster Linie jedenfalls ist an Freie zu denken, wenn verboten wird, am Gericht infra patriam mit Schild und Lanze zu erscheinen (Boretius I 156, cap. 1). Fügen wir dazu, daß es eine Treulosigkeit gegen die patria gibt, die als Vaterlandsverrat angesehen[3], daß für das Heil der patria wie für das Heil der Kirche oder das Heil des Königs gebetet[4], und daß das in der patria zusammengefaßte Volk als natio betrachtet wird, so scheint mir der Schluß gerechtfertigt, daß bereits in fränkischer Zeit die Anfänge des Vaterlandsgedankens vorhanden waren. Das dingliche Substrat dieses Vaterlandes waren die fränkische Monarchie oder Teile dieses Staatsgebietes. Der persönliche Träger war der engere Untertanenverband. Wenn es möglich ist, in das Bewußtsein einer fernen Zeit einzudringen, so möchte ich sagen: die fränkische Epoche war beherrscht vom Gedanken, daß der freie Mann, aber auch nur dieser, das stolze Gefühl haben konnte und durfte, Bürger einer patria, eines Vaterlandes zu sein.

---

[1] Für die enge Verbindung von patria und Volk siehe bei Waitz V. G. III[1] 263 Anm. 5 die Vita Walae, wo gepredigt wird pro fide regni et regis, pro amore patriae ac populi pro religione ecclesiarum et salute civium.

[2] Für das Richten nach der Lex loci ubi natus fuit Lex Ribuaria (Sohm) cap. 31, 3.

[3] Der proditor patriae erleidet den Tod. Boretius Krause II 321 cap. 25 (a. 864). Dazu 332 cap. 14 (a. 865).

[4] Oben Seite 426 die Formel Marculfs. Dazu Zeumer Formulae S. 43.

Altenburg
Pierersche Hofbuchdruckerei
Stephan Geibel & Co.


UNIVERSITY OF CHICAG
48 432 011


UNIVERSITY OF CHICAGO
48 432 011